الكفالة
بين الفقه والقانون

دكتور / علي أحمد السالوس
الأستاذ المساعد بقسم الفقه والأصول

تعريف الكفالة

الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في التزام الحق: فتضم ذمة الكفيل، ضامن الحق، إلى ذمة المكفول الذي عليه الحق، في الالتزام بأداء الحق لصاحبه، وهو المكفول له أو المضمون له.

ويقال ضمين وكفيل وقبيل وحميل وزعيم وصبير بمعنى واحد.

وقال الماوردي: غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات، والزعيم في الأموال العظام، والكفيل في النفوس، والصبير في الجميع (١). وقال ابن حبان في صحيحه: الزعيم لغة أهل المدينة، والحميل لغة أهل مصر، والكفيل لغة أهل العراق (٢).

وفي القوانين المدنية نجد بعضها أخذ التعريف من الفقه الاسلامي، مثل القانون المدني العراقي، فالمادة (١٠٠٨) نصها: «الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام» ونجد بعضها يتفق مع هذا التعريف كالقانون المدني المصري، حيث تنص المادة (٧٧٢) على ما يأتي: «الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام، بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه» (٣).

---

(١) منحة الخالق على البحر الرائق ٦/ ٢٢٤.

(٢) انظر نصب الراية ٤/ ٥٨، والمرجع السابق ٦/ ٢٢٥.. وما قاله ابن حبان، وذكره الزيلعي وابن عابدين في المرجعين السابقين، فيه نظر: ففي المدونة الكبرى لإمام دار الهجرة نجد كتاب الكفالة والحمالة، والأبواب التي تحته فيها الحميل والكفيل دون الزعيم، فلا أدري كيف تستخدم لغة أهل مصر وأهل العراق دون أهل المدينة. (انظر المدونة ٥/ ٢٥٢ - ٢٨٧).

(٣) انظر ما سبق، وما يتصل بقوانين بعض البلاد الأخرى، في الكتاب القيم: الوسيط في شرح القانون المدني للعلامة المرحوم الدكتور عبدالرزاق السنهوري ١٠/ ١٨ - ١٩.

ويشرح الدكتور السنهوري المادة السابقة فيقول:

«يؤخذ من هذا التعريف أن الكفالة هي عقد بين الكفيل والدائن، أما المدين الأصلي فليس طرفا في عقد الكفالة، بل إن كفالة المدين تجوز بغير علم المدين، وتجوز أيضا رغم معارضته. والذي يهم في الكفالة هو التزام هذا المدين، إذ أن هذا الالتزام هو الذي يضمنه الكفيل، فيجب أن يكون مذكورا في وضوح ودقة في عقد الكفالة. وهذا الالتزام المكفول أكثر ما يكون مبلغا من النقود، وقد يكون إعطاء شيء غير النقود، كما قد يكون عملا أو امتناعا عن عمل. فإذا لم يكن الالتزام المكفول مبلغا من النقود، ضمن الكفيل ما عسى أن يحكم على المدين الأصلي من تعويض من جراء إخلاله بالالتزام بإعطاء شيء غير النقود، أو من جراء إخلاله بالالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل.

فالكفالة إذن تفترض وجود التزام مكفول، وهذا الالتزام يفترض وجود مدين أصلي به ودائن، كما تفترض الكفالة وجود عقد بين الكفيل والدائن بالالتزام الأصلي المكفول بموجبه يفي الكفيل بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين الأصلي. فالكفالة ترتب التزاما شخصيا في ذمة الكفيل، والتزام الكفيل هذا تابع للالتزام الأصلي» (٤).

أركان الكفالة

للكفالة شرائط تتعلق بخمسة أركان، هذه الأركان هي: الصيغة، والكفيل، والمكفول له، والمكفول عنه، وهو الأصيل، والمكفول به.

والشرائط منها ما هو شرط الانعقاد، ومنها ما هو شرط النفاذ.

أولا: الصيغة

ألفاظ الإيجاب:

في الإيجاب لا بد من صيغة تدل على التزام الكفيل كقوله: أنا كفيل، أو ضامن، أو زعيم، أو غريم، أو حميل، أو قبيل.

وهذه الألفاظ الستة صريحة في الكفالة، وذكر وجه أن لفظ القبيل ليس بصريح، ويطرد هذا الوجه في الحميل (٥). وبرد هذا أن الكلمتين في اللغة تدلان على معنى الكفالة والضمان. وفي قوله عز وجل: **«أوتأتي بالله والملائكة قبيلا»** (٦) فسرت كلمة

(٤) المرجع السابق ١٠/ ١٩ - ٢٠.
(٥) روضة الطالبين ٤/ ٢٦٠.
(٦) ٩٢: الاسراء.

«قبيلا» بكفلاء يشهدون بصحة دعواك (٧) والحديث الشريف «الزعيم غارم» روى بلفظ الحميل (٨). وفي الحديث الآخر «أو رجل تحمل حمالة».

وتذكر كلمة أخرى بمعنى الكفالة وهي «صبير». وهناك كلمات اختلف حول صريح دلالتها، مثل: لك علي، أو لك إلي، أو لك قبلي، أو لك عندي، فذهب بعض الفقهاء إلى أن هذا غير صريح في الكفالة، وقال الكاساني: قوله «عليّ» كلمة إيجاب، وكذا قوله «إليّ»؛ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «من ترك مالا فلورثته ومن ترك دينا فإلي، وعليّ». وقوله: (قبلي) ينبىء عن القبالة، وهي الكفالة.

وقوله «عندي» وإن كانت مطلقة للوديعة لكنه بقرينة الدين يكون كفالة، لأن قوله عندي يحتمل اليد، ويحتمل الذمة، لأنها كلمة قرب وحضرة، وذلك يوجد فيهما جميعا، فعند الإطلاق يحمل على اليد لأنه أدنى، وعند قرينة الدين يحمل على الذمة، أي في ذمتي، لأن الدين لا يحتمله إلا الذمة(١٠).

ولعل الأولى استخدام الصريح الشائع الذي لا خلاف حوله، وهو في عصرنا يكاد ينحصر في لفظي الكفالة والضمان، حيث هجر غيرهما من الألفاظ الصريحة.

ويرى جمهور الفقهاء أن الكفالة تنعقد بالإيجاب دون حاجة إلى القبول، ويخالفهم أبو حنيفة، وأحد صاحبيه، وهو محمد، والشافعي في أحد قوليه. وأخذ القانون الوضعي بالرأي الأخير، وتفصيل هذا يأتي في الحديث عن المكفول له إن شاء الله تعالى.

الخيار :ـ

ـ لا يجوز أن يشرط الكفيل الخيار لنفسه، قال ابن قدامة: «لا يدخل الضمان والكفالة خيار؛ لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ، والضمين والكفيل على بصيرة أنه لا حظ لهما، ولأنه عقد لا يفتقر إلى القبول فلم يدخله خيار كالنذر، وبهذا قال أبو حنيفة والشافعي، ولا نعلم عن أحد خلافهم، فإن شرط الخيار فيهما فقال القاضي: عندي أن الكفالة تبطل، وهو مذهب الشافعي، لأنه شرط ما ينافي مقتضاها ففسدت، كما لو شرط ألا يؤدي ما على المكفول به وذلك لأن مقتضى الضمان والكفالة لزوم ما ضمنه أو كفل به، والخيار ينافي ذلك، ويحتمل أن يبطل الشرط وتصح الكفالة» (١١).

---

(٧) انظر معجم ألفاظ القرآن الكريم للجنة من مجمع اللغة العربية، وذكر معنى آخر وهو «جماعة جماعة»، وانظر المعجم الوسيط والكشاف ٢/ ٤٦٦ ومعاني القرآن ٢/ ١٣١. وقال الكاساني: القبالة بمعنى الكفالة؛ يقال: قبلت به أقبل قبالة وتقبلت به أي كفلت. قال الله تعالى «أوتأتي بالله والملائكة قبيلا» أي كفيلا... (انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤٠٥).

(٨) جاء في مدونة الامام مالك (٥/ ٢٥٤): قد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «الحميل غارم».

(٩) انظر المغني ٥/ ٧١.

(١٠) بدائع الصنائع ٧/ ٣٤٠٥.

(١١) المغني ٥/ ٩٤ـ ٩٥.

وقول ابن قدامة بأن العقد لا يفتقر إلى القبول يخالف ما ذهب إليه أبو حنيفة، غير أن الإمام مع هذا لا يجيز الخيار كما ذكر ابن قدامة لأنه فعلا ينافي مقتضاها، بل إن القانون الوضعي لا يجيز مثل هذا الخيار مع أنه يخالف جميع الفقهاء حيث جعل من حق الكفيل الأجر وربا الدين.

وقول ابن قدامة «لا يدخل الضمان والكفالة خيار» واضح أن هذا بالنسبة للكفيل، قال النووي: «لو شرط الضامن، أو الكفيل الخيار لنفسه لم يصح الضمان، فلو شرط للمضمون له لم يضر، لأن الخيار في المطالبة والإبراء له أبدا» (١٢).

التعليق :

لم يجز الشافعية في الصيغة التعليق بوقت أو غيره، قال النووي في مسائل الصيغة:

«لو علق الضمان بوقت أو غيره فقال: إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت، أو إن لم يؤد مالك غدا فأنا ضامن، لم يصح على المذهب، كما لا يصح مؤقتا؛ كقوله: أنا ضامن إلى شهر، فإذا مضى ولم أغرم فأنا بريء» (١٣).

ثم قال: «لو وقت كفالة البدن فقال: أنا كفيل به إلى شهر، فإذا مضى برئت، فوجهان، وقيل: قولان، أصحهما البطلان كضمان المال، ولو نجز الكفالة وشرط التأخير في الإحضار شهرا، جاز للحاجة كمثله في الوكالة، وتوقف فيه الإمام، وجعل الغزالي في الوسيط هذا التوقف وجها... ولو شرط لإحضاره أجلا مجهولا كالحصاد، ففي صحة الكفالة وجهان، أصحهما المنع» (١٤).

وتحدث الكاساني عن التأجيل إلى وقت مجهول فقال: «إن كان يشبه آجال الناس كالحصاد والدياس والنيروز ونحوه، فكفل إلى هذه الأوقات جاز عند أصحابنا، وعند الشافعي رحمه الله لا يجوز. وجه قوله أن هذا عقد إلى أجل مجهول فلا يصح كالبيع».

وعقب على هذا بقوله:

«ولنا أن هذا ليس بجهالة فاحشة فتحملها الكفالة، وهذا لأن الجهالة لا تمنع من جواز العقد لعينها، بل لإفضائها إلى المنازعة بالتقديم والتأخير، وجهالة التقديم والتأخير لا تفضي إلى المنازعة في باب الكفالة، لأنه يسامح في أخذ العقد ما لا يسامح في غيره لإمكان استيفاء الحق من جهة الأصيل بخلاف البيع، ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والكفالة إلى هذه الآجال متعارفة.

ولو كانت الكفالة حالة فأخر إلى هذه الأوقات جاز أيضا لما ذكرنا. وإن كان لا يشبه آجال الناس كمجيء المطر، وهبوب الريح، فالأجل باطل، والكفالة صحيحة، لأن

---

(١٢) روضة الطالبين ٤/ ٢٦٠.

(١٣) المرجع السابق ٤/ ٢٦٠.

(١٤) المرجع نفسه ٤/ ٢٦١.

هذه جهالة فاحشة فلا تتحملها الكفالة، فلم يصح التأجيل فبطل، وبقيت الكفالة صحيحة» (١٥).

ثم تحدث الكاساني بعد ذلك عن التعليق بالشرط فقال: «إذا كانت معلقة بشرط: فإن كان المذكور شرطاً سبباً لظهور الحق، أو لوجوبه، أو وسيلة إلى الأداء في الجملة، جاز؛ بأن قال: إن استحق المبيع فأنا كفيل؛ لأن استحقاق المبيع سبب لظهور الحق. وكذا إذا قال: إذا قدم زيد فأنا كفيل؛ لأن قدومه وسيلة إلى الأداء في الجملة لجواز أن يكون مكفولاً عنه أو يكون مضاربة. فإن لم يكن سبباً لظهور الحق، ولا لوجوبه، ولا وسيلة إلى الأداء في الجملة، لا يجوز، بأن قال: إذا جاء المطر، أو هبت الريح، أو إن دخل زيد الدار، فأنا كفيل، لأن الكفالة فيها معنى التمليك لما ذكرنا، والأصل ألا يجوز تعليقها بالشرط إلا شرطاً ألحق به تعلق بالظهور، أو التوسل إليه في الجملة، فيكون ملائماً للعقد فيجوز، ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والعرف في مثل هذا الشرط دون غيره» أ. هـ (١٦).

وما ذكره الكاساني كلام وجيه، فيه ما يكفي لبيان جواز التعليق ما دام ملائماً للعقد غير مناف لمقتضى الكفالة، وجواز الجهالة في الأجل ما دامت غير فاحشة، ويقبلها العرف (١٧).

ولا أرى ما يؤيد الشافعية في رفضهم التعليق بما يعد سبباً لوجوب الكفالة، وهو القول: «إذا جاء رأس الشهر فقد ضمنت، أو إن لم يؤد مالك غداً فأنا ضامن».

وبما يعد سبباً لانقضاء الكفالة، وهو «أنا ضامن إلى شهر، فإذا مضى ولم أغرم فأنا بريء».

فالكفيل متبرع، وهو أدرى بما يستطيع أو يرغب في تحمله، فقد لا يكون إلا بعد شهر مثلاً، وقد يكون في الحال ولكن لا يطيقه أكثر من شهر. والقانون المدني أجاز التعليق على شرط، أو الاقتران بأجل: فقد نصت المادة (١٠٠٩) مدني عراقي على أنه «يجوز أن تكون الكفالة منجزة أو معلقة على شرط أو مضافة إلى زمن مستقبل» ونصت المادة (١٠٦٥) من قانون الموجبات والعقود اللبناني على أنه «يجوز أن تعلق الكفالة على أجل، أي أن تكون لوقت معين، أو ابتداء من تاريخ معين» (١٨).

---

(١٥) بدائع الصنائع ٧/٣٤٠٦.
(١٦) المرجع السابق ٧/٣٤٠٧.
(١٧) راجع ما يؤيد هذا الجواز في الشرح الكبير مع المغني ٥/١٠٦.
(١٨) راجع المادتين في الوسيط ١٠/٨٣.

تأجيل الحال :-

يصح كفالة الدين الحال مؤجلا، ويكون حالا على الأصيل، مؤجلا على الكفيل، وقيل : يكون التأجيل في حق الاثنين معا. وهذا الخلاف نذكره في آثار العقد. غير أنا وجدنا من الشافعية من خالف الإمام الشافعي وجمهور الفقهاء، وقال بفساد العقد في هذه الحالة (١٩).

ويؤيد ما ذهب إليه الجمهور ما ذكر في السنة من حمالة الرسول - صلى الله عليه وسلم - لدين حال مؤجلا شهرا. واستدل به ابن قدامة، وأضاف: «ولأنه ضمن مالا بعقد مؤجل فكان مؤجلا كالبيع. فإن قيل: فعندكم الدين الحال لا يتأجل، فكيف يتأجل على الضامن؟ أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه؟ قلنا: الحق يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان بعقد، وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن، فإنه لم يكن ثابتا عليه حالا. ويجوز أن يخالف ما في ذمة الضامن ما في ذمة المضمون عنه؛ بدليل ما لو مات المضمون عنه والدين مؤجل».

ثم قال: «الدين الحال ثابت في الذمة مستحق القضاء في جميع الزمان، فإذا ضمنه مؤجلا فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه، فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة» (٢٠). هذا بالنسبة للدين الحال، أما الدين المؤجل فإنه يتأجل للأجل المحدد، ويصح كفالته حالا، ولكن يرى جمهور الفقهاء أن الكفيل هنا لا يلزمه الوفاء بالتعجيل كما لا يلزم الأصيل، ومعنى هذا أن الكفالة لا تجعل المؤجل حالا، غير أن تبرع الكفيل بالتعجيل لا يؤثر في صحة العقد في حدود التزام الأصيل. وإذا كان الدين مؤجلا إلى شهرين مثلا فكفله إلى ثلاثة، فالكفالة هنا ككفالة الدين الحال مؤجلا، والعكس إذا كفله إلى شهر.

ولا يؤثر في صحة العقد كفالة جزء من الدين، أو ما يزيد على الدين، والأصيل ملتزم بالدين كاملا، والكفيل، ملتزم بالأقل، غير ملتزم بما لا يلتزم به الأصيل.

والقانون الوضعي يتفق مع جمهور الفقهاء في أن «التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئا من الالتزام المكفول، ولكن يجوز أن يكون أهون» (٢١).
تنص المادة ٧٨٠ مدني على ما يأتي:
«١ - لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط أشد من شروط الدين المكفول.

---

(١٩) انظر روضة الطالبين ٤/ ٢٦٢.
(٢٠) راجع المغني ٥/ ٨٠ - ٨١.
(٢١) اقرأ النصوص القانونية وشرحها في الوسيط ١٠/ ٥٨ - ٦٣.

٢ ـ ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل، وبشروط أهون». وقد ورد هذا النص في المادة (١١٣٨) من المشروع التمهيدي على الوجه الآتي:

«١ ـ لا يصح أن تجاوز الكفالة ما هو مستحق في ذمة المدين، ولا أن تعقد بشروط أشد.

٢ ـ ولكن تجوز الكفالة في جزء من الدين، أو بشروط أخف.

٣ ـ ولا تكون الكفالة التي تعقد بشروط أشد صحيحة إلا في حدود الالتزام الأصلي».

وفي لجنة المراجعة حذفت الفقرة الثالثة لأن حكمها مستفاد من حكم الفقرتين الأولى والثانية، وعدلت صياغة الفقرتين بما يجعل المعنى أكثر وضوحا.

ويطابق المادة السابقة المادة ٧٤٦ من التقنين المدني السوري، والمادة ٧٨٩ من التقنين المدني الليبي.

وينص التقنين المدني العراقي على ما يأتي:

م١٠١٣: «١ ـ إذا كان الدين مؤجلا على الأصيل وكفل به أحد، تأجل على الكفيل أيضا.

٢ ـ وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل وكفيل الكفيل، وإن أجله على الكفيل الأول يتأجل على الكفيل الثاني ولا يتأجل على الأصيل».

م ١٠١٤: «إذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة تأجل على الكفيل والأصيل، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل الى نفسه، أو اشترط الدائن ـ وقت الكفالة ـ الأجل للكفيل خاصة، ففي هاتين الحالتين لا يتأجل على الأصيل».

وقانون الموجبات والعقود اللبناني ينص على ما يأتي:

م ١٠٦٤: «لا يمكن أن تتجاوز الكفالة ما هو واجب على المديون الأصلي، إلا فيما يختص بالأجل».

م ١٠٦٥: «يجوز أن تعلق الكفالة على أجل، أي أن تكون لوقت معين، أو ابتداء من تاريخ معين. ويجوز أن تعقد على قسم من الدين فقط، أو على شروط أخف عبئا».

ويقول الدكتور السنهوري في شرحه:

يخلص من هذا النص أن الالتزام المكفول هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل، فلا يجوز أن يكون التزام الكفيل أشد من الالتزام المكفول، فإذا كان أشد، أو أصبح أشد، فإنه لا يكون باطلا ولكن يجب إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول. ويجوز أن يكون التزام الكفيل أهون من التزام المكفول... إلخ.

واتفاق القانون الوضعي مع جمهور الفقهاء لا يعني أن واضعيه ـ وهم مسلمون كلهم أو جلهم ـ استمدوا الأحكام من شريعة الله عز وجل، فاللجنة التحضيرية بينت في المذكرة الإيضاحية أن المادة ١١٣٨ من المشروع التمهيدي تطابق المادة ٧١١ من المشروع الفرنسي ـ الإيطالي، وأشارت إلى التقنين الألماني والتقنين السويسري، ولا يوجد أي ذكر للفقه الإسلامي ومصادره.

ملحظ نذكره بكل الأسى والحزن.

كما أن الاتفاق هنا في الجملة وليس في التفصيل، انظر مثلا إلى بيان أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول، حيث يفصل الدكتور السنهوري فيقول:

« . . . وإذا كان الدين الأصلي لا ينتج فوائد، لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد ما. وإذا كان الدين الأصلي ينتج فوائد بسعر معين، لم يجز أن تكون الفوائد على التزام الكفيل بسعر أعلى. وإذا كان الدين الأصلي ينتج فوائد بسيطة، لم يجز أن ينتج التزام الكفيل فوائد مركبة».

وفي الحاشية يشير إلى المراجع فيقول:
«جيوار فقرة ٦٢ ـ بودري وفال فقرة ٩٦٤ ـ ص ٥١٦».
ومعلوم أن الفوائد المذكورة هي ربا الديون الذي حرمه الله تعالى في الكتاب والسنة.

كفالة النفس:

ـ في كفالة النفس يجوز أن تكون الصيغة بالنفس، أو البدن، أو الجسم، أو الروح، أو ما يعبر به عن جميع البدن. والكفالة بغير هذا من أعضاء المكفول فيها خلاف لا حاجة إلى الخوض فيه، فالمهم أن تكون الصيغة دالة على المقصود بما هو معروف وواضح وضوحا لا لبس فيه، يمنع الخلاف في المفهوم من الكفالة.

ثانيا: الكفيل

يشترط في الكفيل أهلية التبرع، لأن الكفالة تبرع محض لا مصلحة فيها للكفيل، حتى إذا كانت عقد معاوضة انتهاء فهذا يعني أنها تنتهي بقرض، والقرض عقد إرفاق لا مصلحة فيه للمقرض.

ولذلك لا تصح الكفالة من الصغير، ولا من المجنون، ولا من المبرسم الذي يهذي.

ولا تصح كذلك من المحجور عليه لسفه وإن أذن الولي، وقد ذهب إلى هذا جمهور الفقهاء. وقال القاضي أبو يعلي الحنبلي: تصح الكفالة ويتبع بها بعد فك الحجر عنه، أي أنه اعتبر عدم الحجر لسفه شرط نفاذ لا شرط انعقاد. وقد رفض الحنابلة أنفسهم هذا الرأي، وبينوا بطلانه(٢٢). وذهب الرافعي من الشافعية إلى أن الضمان بإذن الولي كالبيع؛ يحتمل الوجهين: الصحة وعدمها، قال النووي في بيانه لفساد هذا الرأي: إن البيع إنما صح على وجه لأنه لا يأذن إلا فيما فيه ربح أو مصلحة، والضمان غرر كله بلا مصلحة. (٢٣).

ويرى الجمهور أن الصبي المميز لا تصح منه الكفالة سواء أذن الولي أو لم يأذن، وفي رواية عند الحنابلة: تصح مع إذن الولي، وهي خلاف الصحيح من المذهب، والقياس على البيع يرده ما ذكر آنفا. أما المحجور عليه لفلس وإن لم تنفذ الكفالة حال الحجر غير أنها تصح، وتنفذ بعد فك الحجر؛ فعدم الحجر لفلس شرط نفاذ لا شرط انعقاد.

واختلف في الحرية :أهي شرط نفاذ أم شرط انعقاد؟ ولا حاجة لمناقشة هذا الرأي؛ فلا يوجد رق الآن يبيحه الاسلام، وبهذا أفتى مجمع البحوث الإسلامية .

أما المريض فإن كان مرضه غير مخوف أو غير مرض الموت فحكمه حكم الصحيح ، وإن كان مرض الموت المخوف فحكم ضمانه حكم تبرعه ، لايصح فيما يزيد عن ثلث ماله .

وخالف المالكية جمهور الفقهاء في كفالة المرأة، حيث فرقوا بينها وبين الرجل، ولهم في هذا التفصيل الآتي: الجارية البكر بعد بلوغها المحيض تعتبر كالولد الصغير في الكفالة، فلا تصح منها الكفالة حتى مع إذن الولي.

والمرأة ذات الزوج تصح الكفالة منها في حدود الثلث فقط، فإن زادت على الثلث اعتبر هذا إضرار بالزوج فلا تصح الكفالة إلا إذا كانت بموافقة الزوج نفسه، وكانت مرضية أي في تصرفها، غير سفيهة في حالها. أو إلا أن تكون إنما زادت الدينار أو الشيء الخفيف، فهذا يعلم أنها لم ترد به الضرر، فهذا يمضي.

---

(٢٢) انظر المغني ٥/ ٧٨.

(٢٣) انظر روضة الطالبين ٤/ ٢٤٢ .

وتصح كفالتها عن زوجها وإن بلغت جميع مالها بإذنه. أما المرأة الأيم غير ذات الزوج إذا كانت لا يولي عليها فهي التي تكون بمنزلة الرجل في الكفالة (٢٤).

ورأي المالكية ينبني على أصل الحجر على مال الأنثى، فالبكر ليست من أهل التبرع، فلا تجوز كفالتها لأن الكفالة معروف. وذات الزوج «محجورة عن جميع مالها وكذلك المريض قد حجر عليه جميع ماله، وإنما يجوز له من ماله الثلث، والكفالة معروف، فإنما يجوز ذلك في ثلثه، كما يجوز للمرأة ذات الزوج معروفها في ثلثها عند مالك» (٢٥).

«قال مالك: كل معروف تصنعه الزوجة ذات الزوج فهو في ثلثها. والكفالة عند مالك من وجه الصدقة، لأن مالكا قال في بيع المرأة ذات الزوج دارها أو خادمها أو دابتها جائز على ما أحب زوجها أو كره، إذا كانت مرضية في حالها وأصابت وجه البيع. قال مالك: وأرى إن كان فيه محاباة كان في ثلث مالها» (٢٦).

وذكر سحنون ما يؤيد ما ذهب إليه الإمام مالك فقال: «ألا ترى أنه جاء عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها؟ أولا ترى أن شهادة الزوج لا تجوز لها ومالها غير ماله، ورأي أهل العلم من أهل الحجاز أن تبلغ بعطيتها الثلث بغير أمر الزوج؟» (٢٧).

ولعل رأي الإمام مالك ومن وافقه يحتاج إلى مزيد من الأدلة، فلا يكفي القول بالحجر دون دليل يثبت هذا القول، ومنع الضرر يمكن أن يجاب عنه بأنه لا ضرر هنا ما دامت تتصرف في ملكها الخاص وهي مرضية غير سفيهة.

والحديث الشريف يمكن أن يذكر بأن المراد منع المرأة من التصرف في مال زوجها إلا بإذنه لأنه صاحب المال، وليس منعها من التصرف في مال هي مالكته إلا بإذن من لا يملكه وهو الزوج، وهذا واضح في العطايا اليسيرة (٢٨).. وفي معالم السنن (٣/ ١٧٤) جاء التعقيب على الحديث الشريف بما يأتي: «قال الشيخ (أي الخطابي): هذا عند أكثر العلماء على معنى حسن العشرة، واستطابة نفس الزوج بذلك، إلا أن مالك بن أنس قال: ترد ما فعلت من ذلك حتى يأذن الزوج.

---

(٢٤) راجع رأي المالكية في المدونة ٥/ ٢٨٣ ـ ٢٨٧.
(٢٥) المرجع السابق ٥/ ٢٧٧.
(٢٦) المرجع نفسه ٥/ ٢٨٤.
(٢٧) المرجع السابق ٥/ ٢٨٦.
(٢٨) يؤيد هذا الاحتمال إحدى روايات الإمام أحمد ونصها: «لا تنفق المرأة شيئا من بيتها إلا بإذن زوجها. فقيل: يا رسول الله، ولا الطعام؟ قال: ذلك أفضل أموالنا». (المسند ٥/ ٢٦٧). ولكن يبعد هذا الاحتمال رواية أخرى نصها: «لا يجوز للمرأة أمر في مالها إذا ملك زوجها عصمتها» (انظر الرواية رقم ٧٠٥٨ من المسند جـ ١٢ بتحقيق أحمد شاكر) وهنا يأتي كلام الخطابي.

قال الشيخ: ويحتمل أن يكون ذلك في غير الرشيد، وقد ثبت عن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أنه قال للنساء: تصدقن، فجعلت المرأة تلقي القرط والخاتم، وبلال يتلقاها بكسائه، وهذه عطية بغير إذن أزواجهن».

وننتقل بعد هذا الى القانون الوضعي، فنراه يجيز الكفالة بأجر خلافا لما أجمع عليه الفقهاء.

وفي أهلية الكفيل يفرق بين الكفالة بأجر وبدون أجر: فالكفيل المتبرع يجب أن تتوافر فيه أهلية التبرع، فلا بد أن يكون بالغا سن الرشد، غير محجور عليه.

وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمحجور عليه أن يكفل الغير متبرعا، وإذا كفل كانت الكفالة باطلة، بل لا يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد باسم القاصر أو المحجور عليه كفالة تبرعية، حتى بإذن المحكمة.

أما إذا كانت الكفالة بمقابل فتجب في الكفيل أهلية التصرف لا أهلية التبرع، وذلك قياسا على المقترض بفائدة، وعلى ذلك لا يجوز للقاصر ولا للمجور عليه أن يكفل لأنه لا يملك أهلية التصرف، ، وقد يملك أهلية الإدارة، ولكن الكفالة من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة، وإذا كفل كانت الكفالة قابلة للإبطال إلى أن تجاز. ولكن يجوز للولي أو الوصي أو القيم أن يعقد كفالة بمقابل باسم القاصر أو المحجور عليه، على أن يكون ذلك بالنسبة إلى الجد أو إلى الوصي أو إلى القيم بإذن المحكمة (٢٩).

وحماية للكفيل ذهب كثير من القوانين الحديثة إلى اشتراط الكتابة لإثبات التزامه. فقد نص كل من القانون المصري (م ٧٧٣)، والسوري (م ٧٣٩)، والليبي (م ٧٨٢) على ما يأتي: «لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينة» (٣٠).

ويخلص من هذا النص ـ كما يقول الدكتور السنهوري ـ أن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل، ولكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المصري: «لم يعرض التقنين المصري السابق، جريا على منوال التقنين الفرنسي، لإثبات الكفالة، بل تركه للقواعد العامة. أما التقنيات الحديثة (كالتقنين الألمانى م ٦٦٧، والتقنين السويسري م ٤٩٣، والتقنين البولوني م ٦٣١، فإنها تتطلب في باب الكفالة الدليل الكتابي. والواقع أنه يجب فيما يتعلق بالكفالة الخروج على القواعد العامة في الإثبات، لأن التزام الكفيل هو أساسا من الالتزامات التبرعية، فيجب أن يستند إلى رضاء صريح قاطع. وقد يكون من العسير، بل قد يستحيل أحيانا تعرف طبيعة تدخل الكفيل، وتحديد مدى التزامه، ونوع كفالته، عن طريق شهادة الشهود وحدها.

---

(٢٩) انظر الوسيط ١٠/ ٨٠ ـ ٨١.
(٣٠) المرجع السابق ١٠/ ٧٨.

ولذلك قلما تتم الكفالة عملا بغير كتابة، كما يندر أن يلجأ الدائن في دعواه ضد الكفيل الإثبات بالبينة. فلهذه الأسباب قرر المشرع، حماية للكفيل، عدم جواز إثبات الكفالة إلا بالكتابة... الخ» (٣١).

واشتراط الكتابة للإثبات لا يتعارض مع الشريعة، لأن طبيعة العصر استلزمته شأن كثير من العقود، ويدخل هذا في باب المصالح المرسلة.

ثالثا: المكفول له

ذكرت من قبل أن جمهور الفقهاء ذهبوا إلى أن الكفالة تنعقد بالإيجاب دون حاجة إلى القبول، وخالفهم أبو حنيفة وأحد صاحبيه، وهو محمد، والشافعي في أحد قوليه، حيث رأوا أن العقد لا ينعقد إلا بالإيجاب من الكفيل، والقبول من المكفول له.

وأيد صاحبا المغني والشرح الكبير رأي الجمهور حيث قالا: يعتبر رضا الكفيل في صحة الكفالة لأنه لا يلزمه الحق ابتداء إلا برضاه، ولا يعتبر رضا المكفول له لأنها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه كالشهادة، ولأنها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر (٣٢)

وقال ابن حازم: الضمان ليس عقداً على المضمون له، وإنما هو على الضامن وحده (٣٣).

وذكر الحنفية مايؤيد كلا الرأيين.

قال صاحب الهداية: له - أي لأبي يوسف - أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم.

وزاد ابن الهمام في شرحه: ولا يتعدى له ضرر في المكفول له، لأن حكمه لا يوجب عليه شيئا، لأنه مختار في المطالبة لا ملزوم، فإن رأى مطالبته طالبه وإلا لا.

وقال صاحب الهداية: ولهما - أي لأبي حنيفة ومحمد - أن فيه معنى التمليك، وهو تمليك المطالبة منه، فيقوم بهما جميعا، والموجود شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس

وقال البابرتي في العناية: في عقد الكفالة معنى التمليك؛ لأن فيه تمليك المطالبة من الطالب، فلا يتم بعد الإيجاب إلا بالقبول، والموجود شطر العقد، فلا يتوقف على ما وراء المجلس (٣٤).

وذكر الحنفية تفريعا على مذهب أبي حنيفة وصاحبه أن يكون المكفول له عاقلا، فلا يصح قبول المجنون، والصبي الذي لايعقل، لأنهما ليسا من أهل القبول، ولا يجوز قبول وليهما عنهما، لأن القبول يعتبر ممن وقع له الإيجاب، ومن وقع له الإيجاب ليس من أهل القبول، ومن قبل لم يقع الإيجاب له، فلا يعتبر قبوله (٣٥)

---

(٣١) المرجع نفسه ١٠/ ٧٨.
(٣٢) المغني ٥/ ١٠٣ والشرح الكبير ٥/ ١٠٢.
(٣٣) المحلي ٨/ ٥٢٣.
(٣٤) راجع الهداية وفتح القدير ٦/ ٣١٥، والعناية ٦/ ٣١٤.
(٣٥) انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١٤ - ٣٤١٥.

أما القانون الوضعي فقد جاء موافقا لما ذهب إليه أبو حنيفة وصاحبه، فاعتبر الكفالة عقدا طرفاه الكفيل والدائن، أي المكفول له، يتم العقد بمجرد توافق إرادتهما، «ولا يكفي رضاء الكفيل وحده، بل يجب أيضا حتى يتم العقد من رضاء الدائن بالكفالة ولو رضاء ضمنيا، وذلك حتى لو كان الكفيل متبرعا بكفالته كما هو الغالب» (٣٦).

رابعا: المكفول عنه

رأينا إجماع الأئمة على اشتراط رضا الكفيل، والخلاف في رضا المكفول له. أما المكفول عنه فلا خلاف حول عدم اشتراط رضاه، لأن قضاء دينه بغير إذنه جائز، فكفالته أولى كما قال النووي، وكما قال غيره: لا يعتبر رضا المضمون عنه، لا نعلم فيه خلافا، لأنه لو قضى الدين عنه بغير إذنه ورضاه صح، فكذلك إذا ضمن عنه (٣٧).

ولكن إذا كفل بغير إذن المكفول عنه، فهل للكفيل الرجوع عليه بما أدى عنه؟ خلاف بين الأئمة يأتي ذكره في آثار العقد.

والقانون يوافق ما ذهب إليه الفقهاء من عدم اشتراط رضا المضمون عنه، فقد نصت المادة (٧٧٥) على ما يأتي:

«تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضا رغم معارضته» ويوافق القانون المصري التقنين السوري (م ٧٤١)، والتقنين الليبي (م ٧٨٤)، ويوافقه كذلك في عدم اشتراط الرضا قانون الموجبات والعقود اللبناني (م ١٠٦٢)، ولكن يختلف عنه في عدم رجوع الكفيل على المدين إذا عقدت الكفالة بغير رضا المدين، فالقوانين اختلفت هنا كما اختلف الفقهاء في آثار العقد (٣٨). واستوقفني المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدي حيث جاء فيها: «هذه المادة مقتبسة من المشروع الفرنسي - الإيطالي. . . وهو حكم طبيعي تقتضيه القواعد العامة ما دامت الكفالة عقدا بين الكفيل والدائن يتم بمجرد توافق إرادتيهما دون حاجة إلى إرضاء المدين أو علمه، وقد لا يكون هناك موجب لإيراد النص سوى الرغبة في بيان أن المشرع المصري خرج في هذا الصدد عن أحكام الشريعة الإسلامية (م ٨٦٢ من مرشد الحيران)، وهي تحرم الكفيل الذي يضمن المدين بدون علمه أو رغم عدم رضاه من حق الرجوع عليه» (٣٩)

---

(٣٦) الوسيط ١٠/ ٧٣، وانظر ص ٧٠: طرفا الكفالة.

(٣٧) انظر روضة الطالبين ٤/ ٢٤٠، والمغني ٥/ ٧١، والشرح الكبير ٥/ ٧٩، وبلغة السالك، وشرح الدردير ٢/ ١٥٦ - ١٥٧.

(٣٨) راجع الوسيط ١٠/ ٧٠ - ٧٢.

(٣٩) المرجع السابق ١٠/ ٧٠.

ونلحظ هنا ما يأتي:

* صرحت اللجنة بأنها اقتبست من المشروع الفرنسي - الإيطالي وخرجت عن أحكام الشريعة الاسلامية.

* كما صرحت بأنها لم تورد هذا النص إلا رغبة في بيان الخروج عن أحكام الشريعة الإسلامية.

* كيف تتصور اللجنة أن ما يخرج على أحكام الشريعة يمكن أن يكون حكما طبيعيا تقتضيه القواعد العامة؟

* اللجنة من حيث لا تدري لم تخالف أحكام الشريعة الإسلامية؛ فمرشد الحيران في الفقه الحنفي، والمادة التي خالفتها ليست من الكتاب أو السنة، وإنما هي اجتهاد فقهاء خالفهم فقهاء آخرون في الاجتهاد كما أشرت من قبل، فما دامت ذكرت هذا المرجع كان عليها أن تشير إلى خروجها على المذهب الحنفي، ولو رجعت إلى غيره لعرفت أن من فقهاء الشريعة من ذهب إلى ما ذهبت اليه.

* مع تصريح اللجنة بأن النص خرج عن أحكام الشريعة الإسلامية وافق عليه مجلس النواب ثم مجلس الشيوخ.

ويبقى في الحديث عن المكفول عنه أن نذكر أن الفقهاء لم يختلفوا في عدم اشتراط أي شيء بالنسبة له إلا في موضعين:

أحدهما: معرفته؛ فاشترط بعض الفقهاء أن يكون المكفول عنه معلوما، وأجاز آخرون أن يكون مجهولا.

الثاني: قدرته على تسليم المكفول به إما بنفسه وإما بنائبه، فاشترط هذا أبو حنيفة وقال: لا تصح الكفالة بالدين عن ميت مفلس، وقد خالفه صاحباه، وجمهور الفقهاء، وقد ثبت مثل هذه الكفالة في السنة المطهرة (٤٠).

خامسا: المكفول به

كفالة النفس:

لا خلاف حول جواز كفالة المال، وأجاز جمهور الفقهاء كفالة النفس، وعن الإمام الشافعي وجهان عند بعض الشافعية: قال المزني في مختصره (٢/ ٢٢٩).

«ضعف الشافعي كفالة الوجه في موضع، وأجازها في موضع آخر إلا في الحدود».

وفي كتاب الزاهر في غريب ألفاظ الشافعي (ص ٢٣٣) قال أبو منصور الأزهري:

---

(٤٠) انظر بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١٢ - ٣٤١٣، وشرح فتح القدير لابن الهمام ٦/ ٣١٧، ٣١٩، والأم ٣/ ٢٠٥. وصحيح البخاري كتاب الكفالة، وباب ضمان دين الميت المفلس في نيل الأوطار ٥/ ٢٦٧.

«أراد الشافعي بكفالة الوجه: الكفالة بالبدن، وكان يضعفها».
وقال النووي في روضة الطالبين (٤/ ٢٥٣):
«فصل في كفالة البدن: وتسمى أيضا كفالة الوجه، وهي صحيحة على المشهور. وقيل: تصح قطعا، فتجوز ببدن من عليه مال... فإن كان عليه عقوبة: فإن كانت لآدمي كالقصاص وحد القذف، صحت الكفالة على الأظهر، وقيل: لا تصح قطعا، وإن كانت حدا لله تعالى، لم تصح على المذهب، وقيل: قولان. وضبط الإمام والغزالي من تكفل ببدنه فقالا: حاصل كفالة البدن التزام إحضار المكفول ببدنه، فكل من يلزمه حضور مجلس الحكم عند الاستعداء أو يستحق إحضاره، تجوز الكفالة ببدنه».
وقال الشيرازي في المهذب:

«وتجوز كفالة البدن على المنصوص في الكتب، وقال في الدعاوي والبينات: إن كفالة البدن ضعيفة، فمن أصحابنا من قال: تصح قولا واحدا، وقوله: ضعيفة، أراد من جهة القياس، ومن أصحابنا من قال: فيه قولان، أحدهما: أنها لا تصح، لأنه ضمان عين في الذمة بعقد فلم يصح كالسلم في ثمرة نخلة بعينها. والثاني: يصح، وهو الأظهر لما روى أبو إسحاق السبيعي.. » وذكر الخبر الذي سبق الحديث عنه، ثم قال: «ولأن البدن يستحق تسليمه بالعقد فجاز الكفالة به كالدين» (٤١).

من هذا نرى أن الاتجاه الغالب عند الشافعية جواز كفالة البدن، وهو يتفق مع ما ذهب إليه الجمهور، وفي السنة ما يؤيد هذا الذي يشبه الإجماع، ولعله هو الأولى بالصواب (٤٢).

ولو لم يكن هناك نص يحتج به لهذا الرأي فيكفي أنه لا يوجد نص ينهى عنه، والحاجة إلى الأخذ بهذا التعامل معلومة كما نرى في عصرنا بوضوح وجلاء، ومن القواعد المعلومة أن الأصل في العبادات الحظر، وفي المعاملات الإباحة. ومن الفقهاء من رد على المانعين، وأيد ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، ولكن أظن أننا لسنا في حاجة إلى الإطالة في أمر كهذا، فهو ثابت في السنة.

ومن قبل رأينا رأي المالكية في كفالة المرأة، وما رأوه من حجر على مالها، وهنا في كفالة النفس نراهم يمنعون الزوجة ما لم يأذن زوجها. قال الدردير في الشرح الصغير: (وللزوج رده) أي ضمان الوجه عن زوجته إذا ضمنت، ولو كان دين المضمون أقل من ثلثها؛ لأنه يقول: قد تحبس، أو تخرج للخصومة، أو لطلب المضمون، وفي ذلك معرة. وهذا إن ضمنت بغير إذن زوجها، وإلا فليس له رده، ومثل ضمان الوجه ضمان الطلب» (٤٣).

---

(٤١) تكملة المجموع للمطيعي ١٣/ ٣٩ - ٤٠.
(٤٢) راجع كتاب الكفالة من صحيح البخاري.
(٤٣) الكتاب المذكور بهامش بلغة السالك ٢/ ١٦٤.

وكلام المالكية هنا وجيه، واستدلالهم قد يكون في موضعه ما دامت هذه الكفالة يمكن أن تؤدي إلى ما يتنافى مع حق الزوج، بل قد تؤدي إلى ما اعتبروه معرة. ولكن إذا أدت إلى معرة فهي لا تجوز ولو أذن الزوج.

وضمان الطلب اعتبره المالكية قسما ثالثا، قال الدردير في شرحه: (٢/ ١٦٤):

«... ثم شرع في بيان القسم الثالث، وهوضمان الطلب، فقال (وضمان الطلب التزام طلبه) والتفتيش عليه إن تغيب، ثم يدل رب الحق عليه (وإن لم يأت به) لرب الحق، ولذا صح ضمان الطلب في غير المال من الحقوق البدنية كالقصاص والتعازير والحدود بخلاف ضمان الوجه. وأشار إلى صيغته المحققة له، وأنها إما بصريح لفظه، وإما بضمان الوجه مع شرط نفي ضمان المال بقوله (كأنا حميل بطلبهُ) أو على طلبه (أو لا أضمن إلا طلبه أو اشترط نفي المال) كأن يقول: أضمن وجهه بشرط عدم غرم المال إن لم أجده (أو) قال (لا أضمن إلا وجهه) أي دون غرم المال فضمان طلب (و) إذا ضمنه كذلك (طلبه بما يقوي عليه) عادة (إن غاب) عند حلول الأجل عن البلد وما قرب منها (وعلم موضعه) وأما الحاضر فيطلبه في البلد وما قاربها إذا جهل موضعه ومفهوم وعلم إلخ، أنه إن غاب ولم يعلم موضعه أنه لا يكلف بالتفتيش عنه وهو كذلك، فإن ادعى أنه لم يجده صدق (وحلف ما قصر) في طلبه ولم يعلم موضعه (ولا غرم) عليه (إلا إذا فرط) في الطلب حتى لم يتمكن رب الحق منه فإنه يغرم كأن طلبه في المكان الذي يظن أنه لا يكون به، وترك ما يظن أنه به، وأولى إن هربه أو علم موضعه ولم يدل رب الحق عليه» (٤٤).

ومن هذا الشرح يتبين لنا أن ضمان الطلب قد لا يعد قسما ثالثا، فهو - كما قالوا - ضمان وجه مع شرط، وهذا الشرط هو عدم غرم المال، ومع هذا يغرم المال إذا فرط في الطلب.

والإمام مالك نفسه اعتبر هذا كفالة وجه مع شرط، جاء في المدونة ما يأتي تحت عنوان (في الحميل بالوجه لا يغرم المال): (قلت): أرأيت إن قال أنا أتكفل بوجهه إلى أجل كذا وكذا، فإن لم آت به فعلى طلبه حتى آتى به، فأما المال فلا أضمنه، أيكون عليه من المال شيء إن مضى الأجل ولم يأت به في قول مالك؟ (قال): قال مالك: لا شيء عليه ويكون كما اشترطه. (قلت): أرأيت إن تكفلت لرجل لوجه رجل إلى أجل كذا وكذا، فإن لم أوافه به إلى ذلك الأجل فلا شيء له على من المال، ولكني حميل له بوجهه، أطلبه له حتى آتيه به؟ (قال): قال مالك: هو على شرطه الذي اشترطه، ليس له عليه شيء إلا طلب وجهه، هو شرط لنفسه ما ذكرت». (٤٥).

---

(٤٤) انظر أيضا بلغة السالك ٢/ ١٦٤. وفي المدونة نجد في كتاب الكفالة والحمالة الحديث عن الحميل بالوجه يغرم المال، وبعد هذا يأتي الحديث عن ضمان الطلب تحت عنوان: «في الحميل بالوجه لا يغرم المال» راجع الجزء الخامس ص: ٢٥٢ - ٢٥٣.

(٤٥) الكتاب المذكور ٥/ ٢٥٣.

والشرط الذي أجازه الإمام مالك والمالكية لا يمنع تحقيق الغاية المقصودة من الكفالة، غير أنه يخفف عبء التزام الكفيل، ولا نجد ما يبطل الكفالة إذا وجد مثل هذا الشرط.

وناقشنا مثل هذا عند الحديث عن الصيغة، وسيأتي كلام الحنفية في بيان أن الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس، وفي مجلة الأحكام الشرعية، وهي في الفقه الحنبلي، نصت المادة ١١٤٩ على ما يأتي:

«إذا شرط الكفيل في الكفالة البراءة من المال عند تعذر إحضاره لا يلزمه شيء من المال».

ومع التسليم بجواز الشرط يبقى ما ذكره الدردير من التفرقة بين ضمان الوجه وضمان الطلب حيث قال: «ولذا صح ضمان الطلب في غير المال من الحقوق البدنية كالقصاص والتعازير والحدود بخلاف ضمان الوجه» وذكرت من قبل ما يبين جواز الكفالة بالأبدان في الحدود، ونقلت كلام الحافظ في الفتح، وقوله: «قال ابن المنير: أخذ البخاري الكفالة بالأبدان في الديون من الكفالة بالأبدان في الحدود بطريق الأولى. والكفالة بالنفس قال بها الجمهور، ولم يختلف من قال بها أن المكفول بحد أو قصاص إذا غاب أو مات ألاحد على الكفيل بخلاف الدين».

وقال الكاساني: «الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس، وفعل التسليم مضمون على الأصيل، فقد كفل بمضمون على الأصيل فجاز» (٤٦).

وقال أيضا في شروط صحة الكفالة:

«أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء على الكفيل ليكون العقد مفيدا، فلا تجوز الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر الاستيفاء من الكفيل، فلا تفيد الكفالة فائدتها. وتجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس وما دونها، وبحد القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلا بلا خلاف بين أصحابنا، وهو الصحيح، لأنه كفالة بمضمون على الأصيل، مقدور الاستيفاء من الكفيل، فتصح كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين» (٤٧).

وجاء في الهداية (٦/ ٣١١):

(كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص) معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه الحد لأنه يتعذر إيجابه عليه، وهذا لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة».

وقال ابن الهمام في فتح القدير (٦/ ٣١١ ـ ٣١٢).

«كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كنفس الحدود ونفس القصاص، إذ لا يقتل الكفيل بدلا عن المكفول عنه ولا يضرب».

---

(٤٦) بدائع الصنائع ٣٤١٦/٧.
(٤٧) المرجع السابق ٣٤١٨/٧ ـ ٣٤١٩.

وما دامت الكفالة بالنفس كفالة بالفعل وهو تسليم النفس، وهذه الكفالة إذا كانت في غير المال من الحقوق البدنية كالحدود، ولم يتم التسليم فلا حد على الكفيل، فهي في حقيقتها لا تختلف عن ضمان الطلب عند المالكية، وهي ما أجازه بعض الشافعية ومنعه الآخرون منهم.

فما الرأي عند الحنابلة؟

قال صاحب مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهي (٣/ ٣١٦): و (لا) تصح - أي الكفالة - ببدن من عليه (حد) لله؛ كحد الزنا، أو لآدمي؛ كحد قذف؛ لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا: «لا كفالة في حد»، ولأن مبناه على الإسقاط والدرء بالشبهة، فلا يدخله الاستيثاق، ولا يمكن استيفاؤه من غير الجاني. (أو) عليه (قصاص)؛ فلا تصح كفالته؛ لأنه بمنزلة الحد.

وفي مجلة الأحكام الشرعية تنص المادة ١١٣٠ على ما يأتي: «لا تصح الكفالة ببدن من عليه قصاص أو حد أو تعزيز لإقامة الحد أو التعزير، أما إذا كفله لغرم السرقة، أو لأجل الدية الواجبة بالعفو عن القصاص صح».

وما جاء في الكتابين السابقين يبين أن الحنابلة يمنعون كفالة الأبدان في الحدود، وهذا يعني أنهم يخالفون الحنفية، والمالكية في ضمان الطلب، وبعض الشافعية، ويرد هذا الرأي ما ذكرناه في السنة، والحديث الذي ذكروه أشرنا إلى ضعف سنده، ودلالة متنه.

والذي يسترعي الانتباه أن هذه المخالفة لم أجد إشارة إليها فيما رجعت إليه. ووجدت ابن حزم في رفضه لخبر حمزة بن عمرو الأسلمي يقول: «كلهم لا يجيز الكفالة في شيء من الحدود، وهذا الخبر إنما فيه الكفالة في حد» (٤٨).

والخبر فيه الكفالة ببدن من عليه الحد وليس بنفس الحد، وقد بين الحنفية هذا، وهو واضح عند المالكية، وسبق ما نقلته من فتح الباري.

«والكفالة بالنفس قال بها الجمهور، ولم يختلف من قال بها أن المكفول بحد أو قصاص إذا غاب أو مات ألا حد على الكفيل بخلاف الدين، والفرق بينهما أن الكفيل إذا أدى المال وجب له على صاحب المال مثله».

وفضلا عن هذا، وجدت ابن قدامة يذكر رأي الحنابلة، ويقول: وهذا قول أكثر أهل العلم، ويذكر منهم أهل الرأي، ولم يذكر مخالفا إلا الشافعي في حدود الآدمي: حيث اختلف قوله، فمنعها في موضع، وأجازها في موضع. ورد على القول الأخير بما قد يبدو أن صاحب مطالب أولى النهي نقل عنه (٤٩).

وكلام ابن قدامة فيه نظر؛ فما ذكره هو وغيره قولا للحنابلة لا يوافق أكثر أهل العلم بل يخالفهم! إلا أن يكون المذهب غير ما يتبادر من ظاهر أقوالهم.

---

(٤٨) المحلي ٨/ ٥٤.
(٤٩) انظر المغني ٥/ ٩٧.

وقفت طويلا أبحث وأفكر، ووجدت عند الحنفية ما يبدو أنه متناقض، ثم تفسيرا يزيل هذا اللبس، فقلت: ربما يفيدنا هذا في فهم موضوعنا.

سبق قول الحنفية بجواز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص، ونقلت كلمة من كتاب الهداية تفيد هذا، وفي موضع آخر من الكتاب نجد ما يأتي (٦/ ٢٩٥).
«ولا تجوز الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص عند أبي حنيفة رحمه الله».

وهنا يبدو التناقض! ولكن صاحب الهداية يقول مفسرا: «معناه لا يجبر عليها عنده، وقالا - يقصد الصاحبين - يجبر في حد القذف لأن فيه حق العبد، وفي القصاص لأنه خالص حق العبد، فيليق بهما الاستيثاق كما في التعزير بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى. ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام: لا كفالة في حد من غير فصل، ولأن مبني الكل على الدرء، فلا يجب فيها الاستيثاق، بخلاف سائر الحقوق، لأنها لا تندرىء بالشبهات، فيليق بها الاستيثاق كما في التعزير، ولو سمحت نفسه به يصح بالإجماع؛ لأنه أمكن ترتيب موجبه عليه، لأن تسليم النفس فيها واجب، فيطالب به الكفيل، فيتحقق الضم».

والكاساني بعد أن بين جواز كفالة النفس في القصاص والحدود تحدث عن الخلاف بين الإمام وصاحبيه فقال:

«إنما الخلاف أنه إذا امتنع من إعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضي عليه؟ قال أبو حنيفة: لا يجبره، وقال أبو يوسف ومحمد: يجبره» (٥٠).
ثم أخذ يبين ما يؤ يد كلا من الرأيين.

هذا ما وجدته عند الحنفية، والاستدلال لرأي أبي حنيفة قريب من الاستدلال لمذهب الحنابلة، وعبارة الهداية قبل بيان المراد منها لا تختلف عن أقوال الحنابلة.
فهل المراد هنا هو المراد من قول الحنابلة؟
ربما كان احتمالا قويا.

كفالة المـال:

في كفالة الأموال لا يضمن الكفيل ما ليس مضمونا على الأصيل، فالتزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، وهذا شرط واضح.
واختلف هنا في ضمان المال المجهول، والمال الذي لم يجب بعد، والمال إذا كان عينا لا دينا.

---

(٥٠) بدائع الصنائع ٧/ ٣٤١٩.

١ـ ضمان المجهول:

جاء في اختلاف العراقيين في الكفالة والحمالة والدين تحت باب الضمان من كتاب الأم (٣/ ٢٠٥):

(قال الشافعي): وإذا كفل الرجل للرجل بدين غير مسمى فإن أبا حنيفة كان يقول: هو ضامن له، وبهذا يأخذ. وكان ابن أبي ليلى يقول: لا يجوز عليه الضمان في ذلك لأنه ضمن شيئا مجهولا غير مسمى، وهو أن يقول الرجل للرجل: أضمن ما قضى له به القاضي عليه من شيء، وما كان لك عليه من حق، وما شهد لك به الشهود، وما أشبه هذا فهو مجهول.

(قال الشافعي): وإذا قال الرجل للرجل ما قضى لك به القاضي على فلان، أو شهد لك به عليه شهود أو ما أشبه هذا، فأنا ضامن، لم يكن ضامنا لشيء من قبل أنه قد يقضي له ولا يقضي، ويشهد له ولا يشهد له، فلا يلزمه شيء مما شهد له، فلما كان هذا هكذا لم يكن هذا ضمانا، وإنما يلزمه الضمان، بما عرفه الضامن، فأما ما لم يعرفه فهو من المخاطرة».

وقال الشيرازي:
«لا يجوز ضمان المجهول لأنه إثبات مال في الذمة بعقد لآدمي فلم يجز مع الجهالة كالثمن في البيع». (المجموع ١٣/ ١٨)
وما ذكره الشافعية هنا يخالف قول الشافعي نفسه في القديم، وما ذهب إليه الأئمة الثلاثة. وقول الشافعي في الجديد يوافق قول الثوري وابن أبي ليلى، والليث، وابن المنذر.

وأصحاب المذاهب الثلاثة يحتج لقولهم بأمور أهمها أن عقد الكفالة عقد تبرع فلا يقاس على البيع، وأن الجميع أجازوا من الكفالة ما فيه جهالة كضمان الدرك.
قال صاحب (الهداية ٦/ ٢٩٨):

«وأما الكفالة بالمال فجائزة، معلوما كان المكفول به أو مجهولا، إذا كان دينا صحيحا، مثل أن يقول: تكفلت عنه بألف، أو بما لك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع، لأن مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيها الجهالة، وعلى الكفالة بالدرك إجماع، وكفى به حجة، وصار كما إذا كفل لشجة صحت الكفالة، وإن احتملت السراية والاقتصار.»

وقال البابرتي في العناية (٦/ ٢٩٨/ ٢٩٩):

(وأما الكفالة بالمال فجائزة إلخ) لما فرغ من الكفالة بالنفس شرع في بيان الكفالة بالمال، وهي جائزة، سواء كان معلوما كقوله: تكفلت عنه بألف، أو مجهولا كقوله: تكفلت عنه بما لك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع، يعني من الضمان بعد أن كان دينا صحيحا، لأن مبنى الكفالة على التوسع، فإنها تبرع ابتداء فيتحمل فيها جهالة المكفول به يسيرة وغيرها بعد أن كانت متعارفة

وقوله (وعلى الكفالة بالدرك) بفتح الراء وسكونها، وهو التبعة، دليل على جوازها بالمجهول، وفيه إشارة إلى نفي قول من يقول إن الضمان بالمجهول لا يصح لأنه التزام مال فلا يصح مجهولا كالثمن في البيع، وقلنا: الضمان بالدرك صحيح بالإجماع، وهو ضمان بالمجهول، وصار الكفالة بمال مجهول كالكفالة بشجة أي شجة كانت، إذا كانت خطأ فإنها صحيحة وإن كانت بمجهول لاحتمال السراية والاقتصار، وإنما قيل خطأ لأنها إذا كانت عمدا وقد سرت وكانت الشجة بآلة جارحة فإنها توجب القصاص، والكفالة به لا تصح.»

وقال ابن الهمام:

« الكفالة بالمال عندنا جائزة وإن كان المال المكفول به مجهول المقدار، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في القديم، وقال في الجديد هو وابن أبي ليلى، والليث، وابن المنذر، لا تجوز بالمجهول لأنه التزام مال مجهول فلا يجوز فلا بد من تعيينه لوقوع المماكسات في مبادلة المال بالمال. والكفالة عقد تبرع كالنذر لا يقصد به سوى ثواب الله، أو رفع الضيق عن الحبيب، فلا يبالي بما التـزم في ذلك، ويدل على ذلك إقدامه بلا تعيينه للمقدار حين قال : ماكان عليه فعلي ، فكان مبناها التوسع فتحملت فيها الجهالة . . . إلخ» (٥١).

وجاء في كل من المغنى والشرح الكبير : (٥٢)

يصح ضمان المجهول، وبهذا قال أبو حنيفة ومالك، وقال الثوري، والليث، وابن أبي ليلى، والشافعي، وابن المنذر: لا يصح؛ لأنه التزام مال فلم يصح مجهولا كالثمن.
ولنا قول الله تعالى: «ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم» وحمل البعير غير معلوم، لأن حمل البعير مختلف باختلافه، وعموم قوله صلى الله عليه وسلم: «الزعيم غارم»، ولأنه التزام حق في الذمة من غير معاوضة فصح في المجهول كالنذر والاقرار، ولأنه يصح تعليقه بغرر وخطر وهو ضمان العهدة، وإذا قال: ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه ، أو قال: ادفع ثيابك إلى هذا الرفاء وعلى ضمانها ، فصح في المجهول كالعتق والطلاق .

---

(٥١) راجع فتح القدير ٦/ ٢٩٨.

(٥٢) انظر المغني ٥/ ٧٢ والشرح ٥/ ٨٠ - ٨١. وفي المغني نجد كلمة (بضرر) بدلا من (بغرر)، ولعل هذا من أخطاء الطباعة.

وقال صاحب فتح القدير (٦/ ٢٩٨):

وأما الاستدلال بقوله تعالى: «ولمن جاء به حمل بعير وأنابه زعيم» على أن شرع من قبلنا شرع لنا، إذا قصه الله تعالى ولم يعقبه بإنكار، فيمكن أن يدعي أن حمل البعير كان مقدارا معينا؛ كما يتعارف في زماننا أن الحمل الصادر خمسمائة رطل، فلا يتم الاستدلال به. واستدل الكاساني بالآية الكريمة وقال: «أجاز الله تعالى عز شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان، والله عز وجل أعلم». (بدائع الصنائع ٧/ ٣٤٢٠).

وننتهي من هذا كله إلى أن المانعين لضمان المجهول يرد قولهم ما ذكره المجيزون.
غير أن هذه الجهالة لا تقبل بهذا الإطلاق، فعلى الأقل يراعى ما ذكر من قبل من شرط أن يكون المكفول به مقدور الاستيفاء من الكفيل، فإذا كانت الجهالة فاحشة قد تؤدي إلى عجز الكفيل فإن الكفالة لا تحقق المقصود منها.

٢ ـ ضمان ما لم يجب:

قال الدردير في شرحه (٢/١٥٥ ـ ١٦):
«(وشرط الدين لزومه) للمضمون في الحال، بل (ولو) يلزم المضمون (في المال) أي المستقبل (كجعل) فإنه قد يئول للزوم، كما لو قال شخص لاخر: إن أتيت لي بعبدي الآبق مثلا فلك دينار، فيصح ضمان القائل، فإن أتى المخاطب بالعبد لزم الضامن الدينار إن لم يدفعه رب العبد للعامل.
وكذا داين فلانا وأنا أضمنه، أو إن ثبت لك عليه دين فأنا ضامن».
والدين اللازم في الحال لا خلاف حول جواز ضمانه متى كان معلوما، أما غير اللازم في الحال فإن كان لا يئول إلى اللزوم فهنا يقع الخلاف إذا كان عقد الكفالة قبل وجوب الدين.
وضمان ما لم يجب بعد شبيه بضمان المجهول الذي تحدثنا عنه آنفا. وتحدث ابن قدامة عن صحة ضمان المجهول، ثم عن صحة ضمان ما لم يجب، وقال:

«الخلاف في هذه المسألة ودليل القولين كالتي قبلها ـ أي ضمان المجهول ـ إلا أنهم قالوا: الضمان ضم ذمة إلى ذمة في التزام الدين، فإذا لم يكن على المضمون عنه شيء فلا ضم فيه، فلا يكون ضمانا. قلنا: قد ضم ذمته إلى ذمة المضمون عنه في أنه يلزمه ما يلزمه وأن ماثبت في ذمة مضمونة يثبت في ذمته، وهذا كاف، وقد سلموا ضمان مايلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله: ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه، وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل، وماوجب شيء بعد» (٥٣)

٣ ـ ضمان الأعيان.

لا يصح ضمان الأعيان إذا لم تكن مضمونة على من هي في يده، فمن المعلوم أن التزام الكفيل تابع للالتزام الأصيل. فإذا كان المودع لديه غير ضامن للوديعة، والمضارب غير ضامن لمال المضاربة، والمستأجر غير ضامن لما استأجره، فلا تصح الكفالة في مثل هذه الحالات، لأن الكفيل لا يلتزم بما لا يلتزم به الأصيل.

وإذا كانت الأمانات ـ وهي غير مضمونة ـ تصبح مضمونة على من في يده إذا تعدى أو خان فهل يمكن الكفالة في هذه الحالة؟

---

(٥٣) المغني ٥/٧٣.

هنا تعتبر الكفالة في الحقيقة ضمان ما لم يجب بعد، وتحدثنا عنه قبل هذا.

أما الأعيان المضمونة: كالمغصوب، والمبيع بيعا فاسدا، والمقبوض على سوم الشراء، فتصح الكفالة بها، ويجب على الكفيل ما يجب على الأصيل، وهو دفع العين، فإن عجز وجب قيمته أو مثله على الكفيل.

وصحة الكفالة في الأعيان المضمونة قول جمهور الفقهاء، والشافعي في أحد القولين، وقال في الآخر: لا يصح ضمان الأعيان، واختلف الشافعية تبعا لهذا (٥٤).

آثار الكفالة

رأينا فيما سبق أن عقد الكفالة يجعل الكفيل ملتزما بما التزم به الأصيل، وأن الكفيل قد يكون متبرعا بما يؤديه وقد يرجع على الأصيل بما أدى.

والأحكام المتعلقة بآثار الكفالة تحدد العلاقة بين المكفول له والكفيل، وبين الكفيل والمكفول عنه.

ونتحدث هنا عن هاتين العلاقتين.

أولا: العلاقة بين المكفول له والكفيل:

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكفالة تعطي المكفول له الحق في مطالبة الكفيل بما التزم، وأن هذا الحق لا يسقط حق المكفول له في مطالبة المكفول عنه أيضا: فله مطالبة أيهما شاء، أو مطالبة الاثنين معا، ولكن لا يأخذ أكثر من حقه. (٥٥).

وكان الإمام مالك يقول بهذا، ثم رجع عنه.

جاء في بلغة السالك (٢/ ١٥٨):

«والقول المرجوع عنه هو الذي جرى به العمل يقاس، وهو الأنسب بكون الضمان شغل ذمة أخرى بالحق»

أما رأي جمهور المالكية فيعبر عنه الدردير حيث يقول: «(ولا يطالب) الضامن أي ليس لرب الدين مطالبته به (إن تيسر الأخذ) لرب الدين (من مال المدين) بأن كل موسرا غير ملد ولا ظالم، وهذا هو الذي رجع إليه مالك بعد قوله: رب الدين مخير في طلب أيهما شاء (ولو) كان المدين(غائبا) حيث كان الدين ثابتا، ومال المدين حاضرا يمكن الأخذ منه بلا مشقة (إلا أن يشترط) رب الدين عند الضمان (أخذ أيهما شاء أو) يشترط (تقديمه) في الأخذ عن المدين (أو ضمن) الضامن المدين (في الحالات الست) الحياة، والموت، والحضور، والغيبة، واليسر، والعسر، فله مطالبته ولو تيسر الأخذ من مال الغريم»

---

(٥٤) اقرأ «فصل في ضمان الأعيان» للنووي - روضة الطالبين ٤/ ٢٥٥، وانظر المغني واستدلاله لرأي الجمهور في الجزء الخامس ص: ٧٥ - ٧٦، وراجع كذلك: فتح القدير ٦/ ٣١٢.

(٥٥) منهم: سفيان الثوري، والأوزاعي، وأبو عبيد، وإسحاق، والأئمة الثلاثة: أبو حنيفة والشافعي وأحمد انظر المحلى ٨/ ٥٢٦.

فجمهور المالكية أخذ بالرأى الذي رجع إليه مالك، وهو أن المكفول له لا يطالب الكفيل إذا تيسر الأخذ من مال المكفول عنه إلا إذا اشترط ما ذكر. (٥٦)

وتحدثنا في الصيغة عن التعليق بالشرط، وجوازه عن جمهور الفقهاء. والكفالة المشروطة التي ذكرها المالكية مثل الكفالة المطلقة عند الجمهور. ويمكن تعليق الكفالة عند الجمهور بشروط تجعلها كالمطلقة عند المالكية، والخلاف هنا إذن في الكفالة المطلقة.

وخالف المذاهب الأربعة جميعا، ومن قال مثل قولهم، كل من: ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأبو ثور، وأبو سليمان، وأهل الظاهر؛ حيث قالوا: إن الكفالة تسقط الحق عن المكفول عنه، ويحال على الكفيل، وليس للمكفول له أن يطالب غير الكفيل (٥٧).

وما ذكره هؤلاء يجعل الكفالة حوالة، ولذلك قال الكاساني: «قال ابن أبي ليلى: إن الكفالة توجب براءة الأصيل، والصحيح قول العامة؛ لأن الكفالة تنبىء عن الضم، وهو ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة بما على الأصيل، أو في حق أصل الدين، والبراءة تنافي الضم، ولأن الكفالة لو كانت مبرئة لكانت حوالة، وهما متغايران، لأن تغاير الأسامي دليل تغاير المعاني في الأصل، وأيهما اختار مطالبته لايبرأ الآخر، بل يملك مطالبته» (٥٨)

وقال ابن الهمام:

«الكفالة ضم ذمة إلى ذمة، وذلك يسوغ مطالبتهما، أو مطالبة أيهما شاء، إلا إذا شرط في الكفالة براءة الأصيل، فحينئذ لا يطالب الأصيل بناء على أنها حينئذ حوالة عقدت بلفظ الكفالة تجوز بها فيها، فتجرى حينئذ أحكام الحوالة، كما أن الحوالة بشرط ألا يبرأ الأصيل تنعقد كفالة اعتبارا للمعنى فيهما» (٥٩).

---

(٥٦) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢/ ١٥٨. وفي كتاب الكفالة والحمالة من المدونة جاء ما يلي: «(قلت): أرأيت إن تحملت برجل أو بمال على رجل، أيكون للذي له الدين أن يأخذني بالحق الذي تحملت به، وصاحبي الذي تحملت به مليّ بالذي عليه في قول مالك؟ (قال): قال مالك: ليس ذلك له، ولكن يأخذ حقه من الذي عليه الدين، فإن نقص شيء من حقه أخذه من مال الحميل إلا أن يكون الذي عليه الحق مديانا، وصاحب الحق يخاف إن قام عليه حاصه الغرماء، أو غائبا عنه، فله أن يأخذ الحميل ويدعه.

وقد كان مالك يقول قبل ذلك: للذي له الحق أن يأخذ إن شاء الحميل وإن شاء الذي عليه الحق، ثم رجع إلى هذا القول الذي اخبرتك، وهو أحب ما فيه إليّ، وكذلك روى ابن وهب. (قلت): أرأيت إن كان الذي عليه الحق مليا غائبا والحميل حاضر، أيكون للذي له الدين أن يأخذ الحميل والذي عليه الدين مليّ إلا أنه غائب؟ (قال): نعم، كذلك قال لي مالك، إلا أن يكون للذي عليه الدين أموال حاضرة ظاهره فإنها تباع أمواله في دينه (وقال غيره): إلا أن يكون في تثبيت ذلك بعدٌ، فيؤخذ من الحميل».

(اقرأ ما سبق في المدونة الكبرى ٥/ ٢٥٦ ـ ٢٥٧، تحت عنوان: في أخذ الحميل بالحق والمتحمل به مليّ غائب أو حاضر وحاصّه: قاسمه).

(٥٧) انظر المحلي ٨/ ٥٢٧.

(٥٨) بدائع الصنائع ٧/ ٣٤٢٣.

(٥٩) فتح القدير ٦/ ٢٩٩.

وإذا كان هذا هو ما ذهب إليه فقهاء الشريعة، فما رأي القانون الوضعي وهو المطبق في معظم بلاد العالم الاسلامي؟ فإذا وقع خلاف فالاحتكام غالبا لهذا القانون.

القانون التجاري يجعل للمكفول له الحق في مطالبة أيهما شاء، أي أنه يتفق مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

أما القانون المدنى ففرق بين الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن.

فإذا كان الكفيل متضامنا فللمكفول له مطالبته وإن لم يطالب الأصيل، فهو يعتبر كالمدين الأصلي، فالطالب يطالب أيهما شاء، فالكفالة هنا كالكفالة التجارية.

أما إذا كان الكفيل غير متضامن فليس للمكفول له أن يطالبه قبل مطالبة الأصيل، وله ما يسمى بحق التجريد (٦٠).

والقانون هنا يتفق مع المالكية إلى حد كبير.

ورأينا من قبل أن الكفالة قانونا لا تثبت إلا بالكتابة، فلعل الأولى ـ حفظا للحقوق، ودفعا للنزاع، ومنعا للخلاف في تفسير العقد ـ أن يكتب العقد ويذكر فيه ما يترتب عليه من الآثار بتحديد مدى التزام الكفيل وحق المكفول له.

ومعنى هذا أننا لا نلجأ إلى الكفالة المطلقة، وإنما إلى الكفالة المشروطة، والعقد شريعة المتعاقدين، ولكل ما شرط، ما دامت الشروط لا يمنعها الشرع ولا القانون، وبهذا نحقق المصلحة المقصودة من الكفالة، ولم نخالف فقهاء الشريعة، ولم نخرج على القانون.

وإذا كانت الكفالة بالنفس في الحدود فقد عرفنا الخلاف فيها، وأن الكفيل لا حد عليه وإنما عليه طلب المكفول وتسليمه. وإذا كانت الكفالة بالنفس في الأموال: فإذا أحضر الكفيل المكفول فلا شيء على الكفيل سواء أقام المكفول بأداء ما عليه من التزام أم لم يقم، أما إذا لم يحضره فإنه يلتزم بما التزم به المكفول، وللمكفول له أن يطالبه بهذا الحق، إلا إذا كان الكفيل قد شرط لنفسه ألا يغرم المال، وهو ما اعتبره المالكية ضمان طلب، وسبق الحديث عنه.

---

(٦٠) في القانون المصري تنص المادة ٧٨٨ على ما يأتي: لا يجوز للدائن أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين.

«ولا يجوز له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريده المدين من أمواله، ويجب على الكفيل في هذه الحالة أن يتمسك بهذا الحق».

(راجع الجزء العاشر من الوسيط: الفقرة الأولى من المادة في ص: ٩٨، والفقرة الثانية في ص: ١١٢، واقرأ الشرح، وفيه الإشارة الى القوانين غير المصرية، وبعضها يجعل الدفع بالتجريد يتناول أيضا مطالبة الدائن بالرجوع على المدين أولا).

وتنص المادة ٧٩٣ مدني على ما يأتي:

«لا يجوز للكفيل المتضامن أن يطلب التجريد».

قال في الوسيط(١٠/١٤٧): «الكفيل العادي له أن يتمسك بوجوب رجوع الدائن على المدين أولا، وله أن يتمسك أيضا بتنفيذ الدائن على أموال المدين أولا، وهذا هو حق التجريد، أما الكفيل المتضامن فليس له أن يتمسك بأي من الحقين».

وتحدثنا عن كفالة المريض، وأنها لا تصح في أكثر من ثلث ماله. فإذا مات الكفيل فليس من حق المكفول له مطالبة الورثة بأكثر من ثلث التركة.

وجمهور الفقهاء لم يفرق بين المرأة والرجل في الكفالة، ورأينا أن المالكية منعوا كفالة المرأة إذا كانت بكرا، أما ذات الزوج فلزوجها منعها من كفالة الأبدان، وكذلك من كفالة الأموال إلا فى حدود ثلث مالها.

وإذا تعدد الكفلاء نظرنا: فإذا كان كل كفيل التزم بجزء من الدين فهو مطالب بما التزم فقط، وإذا كان كل واحد كفل الأصيل في الدين كله فللمكفول له مطالبة الجميع أو مطالبة من شاء بجميع الدين، فضلا عن جزء منه.

وإذا كفل الكفيل الأول كفيل ثان، وكفل الثاني ثالث، وهكذا، كان الكفيل بالنسبة للثاني كالأصيل بالنسبة للأول، وكان الثاني للثالث كالأول للثاني، وهكذا.

والقانون المدني عند تعدد الكفلاء فرق أيضا بين المتضامنين وغير المتضامنين:

فالتضامن مع المدين الأصلي يجعل كلا منهم ملتزما كالمدين، وللمكفول له مطالبة من شاء، فليس لأي منهم حق المطالبة بالتجريد أو التقسيم. أما إذا كان تضامن الكفلاء فيما بينهم فقط، وليسوا متضامنين مع المدين، فلهم حق التجريد، ولكن ليس لهم حق التقسيم، وإذا كانوا غير متضامنين بقي الحقان: التجريد والتقسيم، مع وجوب الرجوع على المدين أولا كما أشرت من قبل، إلا إذا كان كل منهم كفل الدين كله بعقد على حدة، فليس له حق التقسيم. (٦١).

وتتحدث المادة ٧٩٧ مدني عن كفالة الكفيل فتنص على ما يأتي: «تجوز كفالة الكفيل، وفي هذه الحالة لا يجوز للدائن أن يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل، إلا إذا كان كفيل الكفيل متضامنا مع الكفيل» (٦٢).

---

(٦١) تنص المادة ٧٩٢ مدني على ما يأتي:

«١ ـ إذا تعدد الكفلاء لدين واحد، وبعقد واحد، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم، قسم الدين عليهم، ولا يجوز للدائن أن يطالب كل كفيل إلا بقدر نصيبه في الكفالة.

٢ ـ أما إذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فإن كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم».

وقال في الوسيط (١٠/٩٣): «إذا تعدد الكفلاء، وكانوا جميعا قد التزموا كفالة الدين بعقد واحد، فالمشرع المصري يتخذ من وحدة العقد دليلا على أن كل كفيل قد اعتمد على الكفلاء الآخرين، فيقسم الدين فيما بين الكفلاء المتعددين» وراجع ما يشترط لتقسيم الدين على الكفلاء ص: ٩٤، وتعدد الكفلاء بعقود متوالية ص: ٩٦.

(٦٢) المرجع السابق ١٠/١٣٦.

وفي التقنين العراقي تنص المادة ١٠٣٩ على ما يأتي:

«الكفيل الذي يكفل الكفيل يعتبر في علاقته بالدائن كفيلا للكفيل، وفي علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مدينا أصليا بالنسبة له». (٦٣).

إذا كان الدين حالا، تصح كفالته مؤجلا، ويكون حالا على أن الأصيل، مؤجلا على الكفيل؛ فللدائن مطالبة المدين في الحال، ولكن ليس له مطالبة الكفيل قبل الأجل المحدد.

وفرق الحنفية بين تأجيل الحال بعد عقد الكفالة، وكفالة الحال مؤجلا في ابتداء الكفالة:

جاء في الهداية (٦/ ٣٠٧ - ٣٠٨):

«إذا أخر الطالب عن الأصيل فهو تأخير عن الكفيل، ولو أخر عن الكفيل لم يكن تأخيرا عن الذي عليه الأصل، لأن التأخير إبراء مؤقت فيعتبر بالإبراء المؤبد، بخلاف ما إذا كفل بالمال الحال مؤجلا إلى شهر، فإنه يتأجل عن الأصيل، لأنه لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة، فصار الأجل داخلا فيه، أما ههنا فبخلافه».

وما ذكره برهان الدين روى عن أحد الصاحبين خلافه، فقد جاء في بدائع الصنائع ما يلي: (٧/ ٣٤٠٥ - ٣٤٠٦):

«إن كان الدين عليه حالا جاز التأجيل إلى الأجل المذكور، ويكون ذلك تأجيلا في حقهما جميعا في ظاهر الرواية. وروى ابن سماعة عن محمد أنه يكون تأجيلا في حق الكفيل خاصة. وجه هذه الرواية أن الطالب خص الكفيل بالتأجيل، فيخص به، كما إذا كفل حالا أو مطلقا ثم أخر عنه بعد الكفالة. وجه ظاهر الرواية أن التأجيل في نفس العقد يجعل الأجل صفة للدين، والدين واحد، وهو على الأصيل، فيصير مؤجلا عليه ضرورة، بخلاف ما إذا كان بعد تمام العقد؛ لأن التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة، وقد خص به الكفيل، فلا يتعدى إلى الأصيل».

ولعل من غير المسلم القول بأن التأجيل في نفس العقد يجعل الأجل صفة للدين، فالتزام الكفيل يمكن أن يختلف عن التزام الأصيل، فإذا كفل جزءا من الدين فهل يسقط الباقي عن المدين؟ وإذا لم يجد الدائن من يكفل الدين الحال إلا مؤجلا، فللكفيل ما شرط، ولكن هذا الشرط لا يغير من أصل الالتزام بالنسبة للمدين، فمن حق الدائن مطالبة المدين في الحال، وليس من حقه أن يطالب الكفيل إلا في الأجل المحدد.

ولعل من غير المسلم أيضا القول بأن الدائن «لا حق له إلا الدين حال وجود الكفالة، فصار الأجل داخلا فيه»، فحق الدائن ثابت قبل الكفالة، وقبول الدائن الكفالة مع تأجيل مطالبة الكفيل لا يعني سقوط حقه لدى المدين. نعم لو رضى الدائن بتأجيل الحال بالنسبة للاثنين، ولم يخص الكفيل بالأجل، يمكن أن يقبل هذا الرأي.

---

(٦٣) المرجع نفسه ١٠/ ١٣٧.

وفي الكلام عن كفالة الحال مؤجلا في الصيغة جاء ذكر ما يؤيد قول الجمهور، ويضاف إليه ما ذكره الكاساني تأييدا للرواية عن محمد.

وفي مدونة الإمام مالك جاء ما يلي (٥/ ٢٦٧):

«إذا أخر الحميل فإني أراه تأخيرا عن الذي عليه الأصل، إلا أن يحلف صاحب الحق بالله الذي لا إله إلا هو، ما كان ذلك مني تأخيرا للحق عن صاحبه، ولا كان ذلك مني إلا للحميل، فإن حلف كان له أن يطلب صاحب الحق، وإن أبى أن يحلف لزمه التأخير، وذلك لو أنه وضع عن الحميل حمالته لكان له أن يتبع صاحب الحق إذا قال: إنما أردت وضع الحمالة واتباع غريمي، فالتأخير بمنزلته».

ولعل هذا كله يؤكد ما أشرت إليه من قبل من ضرورة ذكر الآثار بوضوح في العقد نفسه.

وذكرت من قبل أيضا أن الدين المؤجل يتأجل للأجل المحدد، ويصح كفالته حالا، ولكن يرى جمهور الفقهاء أن الكفيل لا يلزمه الوفاء بالتعجيل كما لا يلزم الأصيل، فالكفيل ملتزم بما لايزيد عن التزام الأصيل. ومثل الحال والمؤجل كفالة المؤجل إلى أجل أبعد أو أقرب من الأجل المحدد.

وفي الحديث عن هذا الموضوع في الصيغة بينت رأي القانون الوضعي، وأنه يتفق في جملته مع رأي الجمهور في أن «التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئا من الالتزام المكفول ولكن يجوز أن يكون أهون»، وفي التفصيل يختلف في بعض الأمور كإباحة الربا، والإلزام به تبعا لالتزام الأصيل.

وفي شرح القانون يقول الدكتور السنهوري:

لا يجوز أن يلتزم الكفيل لأجل أقرب من أجل الالتزام المكفول. وإذا كان الدين الأصلي مؤجلا على الأصيل، وكفل به أحد، تأجل على الكفيل أيضا، وإذا أجل الدائن الدين على الأصيل تأجل على الكفيل.

وإذا كان التزام الكفيل أشد من التزام المكفول، فالجزاء على ذلك ليس هو بطلان التزام الكفيل، بل إنقاصه إلى أن يبلغ حد الالتزام المكفول. فإذا كان المستحق على المدين الأصلي ألفا، وكفله الكفيل في ألف ومائتين، انقص التزام الكفيل إلى ألف. وإذا كان التزام الكفيل ينتج فوائد، في حين أن التزام الأصيل لاينتجها، كان التزام الكفيل بدفع الفوائد دون التزامه بدفع أصل الدين هو الباطل. وإذا التزم الكفيل بدفع فوائد بسعر أعلى، أنزلت الفوائد إلى السعر الذي التزم به المدين الأصلي.

وإذا التزم المدين الأصلي بدفع فوائد بسيطة، والتزم الكفيل بدفع فوائد مركبة، لم يدفع الكفيل إلا فوائد بسيطة كالمدين الأصلي. وإذا التزم الكفيل لأجل أقرب، مد الأجل ليكون مساويا لأجل المدين الأصلي، وهكذا.

وإذا كان التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من الالتزام المكفول، فإنه على النقيض من ذلك يجوز أن يكون أهون، فيجوز أن يكفل الكفيل المدين الأصلي في جزء من الدين، أو في الدين دون فوائده وملحقاته، أو إلى حد أقصى أقل من المبلغ المستحق على المدين، أو لأجل أطول من أجل المدين الأصلي. وإذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة، وأضاف الكفيل الأجل إلى نفسه، أو اشترط الدائن وقت الكفالة الأجل للكفيل خاصة، كان التزام الكفيل مؤجلا دون الالتزام المكفول... إلخ (٦٤).

ثانيا: العلاقة بين الكفيل والمكفول عنه:

إذا قضى الكفيل الدين متبرعا به، لا ينوي الرجوع على المكفول عنه، برىء المدين وأصبح غير ملتزم بالدين. ويستوي هنا الكفالة والأداء بأمر المكفول عنه وبغير أمره (٦٥).

فأما إذا أداه بنية الرجوع به لم يخل من أربعة أحوال:

أحدها: أن يضمن بأمر المضمون عنه، ويؤدي بأمره، وسواء اشتمل الأمر هنا على لفظة عني أو لم يشتمل، كان للضامن من أن يرجع على المدين. قال بهذا الأئمة الثلاثة وأبو يوسف من الحنفية، وقال أبو حنيفة ومحمد: يشترط اشتمال الأمر على لفظة (عني) كأن يقول: اكفل عني، أو اضمن عني لفلان، قال ابن الهمام: فلو قال اضمن الألف التي لفلان علي، لم يرجع عليه عند الاداء، لأن الكائن مجرد الأمر بالضمان والاعطاء، فجاز أن يكون القصد ليرجع، وأن يكون القصد طلب تبرعه بذلك، فلم يلزم المال إلا إذا كان خليطا أو شريكا.

ثم قال: «والحاصل أن الأمر في الكفالة تضمن طلب القرض إذا ذكر لفظة عني» (٦٦).

وقول الجمهور هنا واضح ناصع، وقول أبي حنيفة وصاحبه فيه نظر: فالأمر لايدل على التبرع إلا بقرينة، فإذا كان الكفيل أدى بنية الرجوع فكيف يجبر على التبرع؟ وبدلا من ذكر قرينة تدل على الحق في الرجوع، وهي أن يكون الكفيل خليطا أو شريكا للمكفول عنه، كان الأولى أن يكون الأصل هو

---

(٦٤) انظر الوسيط ١٠/ ٦٠ - ٦٢، وراجع المواد التي ذكرناها من القوانين المختلفة. ولاحظ أن التقنين المدني العراقي تأثر الى حد ما بالفقه الحنفي حيث نصت المادة ١٠١٤ على أن الكفيل إذا تكفل بالدين الحال كفالة مؤجلة تأجل على الكفيل والأصيل، إلا إذا أضاف الكفيل الأجل الى نفسه، أو... إلخ.

(٦٥) راجع هذا الموضوع في المغني ٥/ ٨٦ - ٨٩، وروضة الطالبين ٤/ ٢٦٦، وفتح القدير ٦/ ٣٠٤ - ٣٠٥، وبلغة السالك وشرح الدردير ٢/ ١٥٨.

(٦٦) انظر فتح القدير ٦/ ٣٠٤. وفيه «الخليط هو الذي يعتاد الرجل مداينته، والأخذ منه، ووضع الدراهم عنده، والاستجرار منه».

الرجوع إلا إذا وجدت قرينة تدل على قصد التبرع، والأولى من هذا كله التصريح بقصد التبرع. أما الأمر بالأداء بعد الأمر بالكفالة فمن المستبعد أن يكون التبرع هو المراد، وعلى الأخص أن الكفيل ينوي الرجوع على المدين، ولم يظهر منه ما يدل على أنه متبرع بما يؤديه.

الحال الثاني: أن تكون الكفالة والأداء بدون أمر المكفول عنه: فقال مالك، وعبدالله بن الحسن، وإسحاق، وأحمد في إحدى روايتين، يرجع الكفيل بما أدى.

وفي الرؤية الثانية عن أحمد: لا يرجع بشيء، وهو قول أبي حنيفة، والشافعي، وابن المنذر.
قال ابن قدامة تأييدا للرواية الثانية (٥/ ٨٨).

«بدليل حديث علي وأبي قتادة، فإنهما لو كانا يستحقان الرجوع على الميت صار الدين لهما، فكانت ذمة الميت مشغولة بدينهما كاشتغالها بدين المضمون عنه، ولم يصل عليه النبي صلى الله عليه وسلم، ولأنه تبرع بذلك أشبه ما لو علف دوابه وأطعم عبيده بغير أمره».

وقال بعد هذا«ووجه الأولى أنه قضاء مبرئ من دين واجب فكان من ضمان من هو عليه، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه. فأما علي وأبو قتادة فإنهما تبرعا بالقضاء والضمان، فإنهما قضيا دينه قصدا لتبرئة ذمته، ليصلى عليه صلى الله عليه وسلم، مع علمهما بأنه لم يترك وفاء، والمتبرع لا يرجع بشيء، و وإنما الخلاف في المحتسب بالرجوع».

الحال الثالث: أن تكون الكفالة بأمر المكفول عنه، والأداء بدون أمره: فذهب مالك وأحمد إلى أن الكفيل يرجع بما أدى. وعند الشافعية ثلاثة أوجه: قال النووي: «الأصح المنصوص: يرجع. والثاني: لا. والثالث: إن أدى من غير مطالبة، أو بمطالبة ولكن أمكنه استئذان الأصيل، لم يرجع، وإلا فيرجع» (٦٧).

الحال الرابع: أن تكون الكفالة بدون أمر المكفول عنه، والأداء بأمره: فقال مالك وأحمد: يرجع. وقال الشافعية: «لا رجوع على الأصح. فلو أذن في الأداء بشرط الرجوع، ففيه احتمالان للامام، أحدهما: يرجع، كما لو أذن في الأداء بهذا الشرط من غير ضمان، والثاني: لا، لأن الأداء مستحق بالضمان، والمستحق بلا عوض لا يجوز مقابلته بعوض كسائر الحقوق الواجبة قلت (أي النووي): الاحتمال الأول أصح، والله أعلم» (٦٨).

---

(٦٧) روضة الطالبين ٤/ ٢٦٦.
(٦٨) روضة الطالبين ٤/ ٢٦٧.

متى يرجع الكفيل:

إذا كان الدين حالا فللكفيل أن يرجع بعد الأداء، فإذا طالبه المكفول له فله أن يطالب المدين بالأداء، ولكن ليس له حق الرجوع إلا إذا أدى هو الدين.

أما إذا كان الدين مؤجلا فليس للكفيل حق الرجوع إلا بعد حلول الأجل والأداء، فإذا أدى قبل الأجل فلا يرجع إلا بعد الحلول.

وإذا حل الدين المؤجل على الكفيل بموته، أخذا بقول من رأى أن الأجل يسقط بموت من له الأجل، وطالب الدائن ورثة الكفيل، فليس لهم مطالبة المكفول عنه إلا عند حلول الأجل عليه، ولا يرجعون بما يؤدونه إلا عند هذا الأجل. وإذا حل على المدين بموته فللكفيل حق المطالبة، والرجوع على الورثة بعد الأداء.

جاء في المدونة (٥/ ٢٥٧)، تحت عنوان «في الحميل أو المتحمل به يموت قبل محل الحق»، ما يلي:

«قلت»: أرأيت إن تكفلت لرجل بماله على رجل إلى أجل، فمات الكفيل، أو مات المكفول به؟ (قال): قال لي مالك: إذا مات الكفيل قبل محل الأجل، كان لرب الحق أن يأخذ حقه من مال الكفيل، ولا يكون لورثة الكفيل أن يأخذوا من الذي عليه الحق شيئا حتى يحل أجل المال. (قال مالك): وإن مات الذي عليه الحق قبل الأجل كان للطالب ان يأخذ حقه من ماله، فإذا لم يكن له مال لم يكن له ان يأخذ الكفيل بالحق حتى يحل الأجل».

وفي الشرح الصغير للدردير (٢/ ١٥٩):

«(وعجل) الدين (بموته) أي الضامن قبل الأجل، من تركته إن كان له تركة (ورجع وارثه) أي وارث الضامن على الغريم (بعد الأجل أو) بعد (موت الغريم) على تركته (إن تركه) أي إن ترك ما يؤخذ منه الدين وإلا سقط».

وفي كتاب الأم (٣/ ٢٠٤) تحت باب الضمان جاء ما يلي:

«(أخبرنا الربيع) قال: قال الشافعي رحمه الله: وإذا تحمل أو تكفل الرجل عن الرجل بالدين، فمات الحميل قبل يحل الدين، فللمتحمل عليه أن يأخذه بما حمل له به، فإذا قبض ماله برىء الذي عليه الدين والحميل، ولم يكن لورثة الحميل أن يرجعوا على المحمول عنه بما دفعوا عنه حتى يحل الدين. وهكذا لو مات الذي عليه الحق، كان للذي له الحق أن يأخذه من ماله، فإن عجز عنه لم يكن له أخذه حتى يحل الدين».

وفي الدر المختار (٤/ ٢٧٥):

«وإذا حل الدين المؤجل على الكفيل بموته لا يحل على الأصيل، فلو أداه وارثه لم يرجع لو الكفالة بأمره إلا إلى أجله خلافا لزفر، كما لا يحل المؤجل على الكفيل اتفاقا إذا حل على الاصيل به، أي بموته».

وعقب ابن عابدين - في حاشيته رد المحتار على الدر المختار - قائلا:

«(قوله: وإذا حل الدين المؤجل إلخ): أفاد أن الدين يحل بموت الكفيل، كما صرح به في الغرر، وشرح الوهبانية عن المبسوط، وعلله في المنح عن الولوالجية: بأن الأجل يسقط بموت من له الأجل. (قوله: لا يحل على الأصيل): وكذا إذا عجل الكفيل الدين حال حياته لا يرجع على المطلوب إلا عند حلول الأجل عند علمائنا الثلاثة، وهو نظير ما لو كفل بالزيوف زأدى الجياد».

وإذا تركنا المذاهب الثلاثة وجئنا إلى الحنابلة وجدناهم يرون أن الدين المؤجل لا يحل بموت الضامن أو المضمون عنه:

تنص المادة ١١١٨ من مجلة «الأحكام الشرعية» على مايأتي:

«لا يحل الدين المؤجل بموت الضامن، ولا بموت المضمون عنه. لكن إذا ماتا جميعا فإنه يحل إلا إذا وثقه الورثة برهن يحرز، أو كفيل مليء، بأقل الأمرين من الدين والتركة».

بماذا يرجع الكفيل:

إذا أدى الكفيل الدين، أو جزءا منه، رجع بما أدى، وإذا أدى أكثر منه لم يرجع إلا بقدر التزام المكفول عنه فقط، والزيادة تعتبر تبرعا منه للمكفول له. وإذا أعطى المكفول له صنفا آخر من المال غير الدين، فإن كانت قيمته أكثر من الدين لم يرجع إلا بالدين، وإن كانت أقل رجع بالأقل إلا أن يكون المكفول له تبرع له بالزيادة.

وإذا صالح المكفول له الكفيل على جزء من الدين، رجع الكفيل بالجزء الذي أداه، وطالب الدائن المدين بباقي الدين. فإذا كان المكفول له تنازل للكفيل عن الباقي، أو عن الدين كله، ووهبه إياه، أصبح الدين للكفيل، يطلبه من المكفول عنه، ويسقط حق المكفول له. ومثل الهبة الصدقة.

ولننظر في بعض كتب الفقه:

جاء في مدونة الامام مالك (٥/ ٢٦٧):

«(قلت): أرأيت إن تكفلت بألف دينار هاشمية، ورضي صاحب الحق بألف دينار دمشقية، فقضيته ذلك، بم أرجع على صاحبي الذي لي عليه الأصل؟ (قال): ترجع عليه بألف دينار دمشقية، لأنك كذلك أديت».

وقال ابن الهمام في الفتح (٦/ ٣٠٥):

لو كان الدين جيادا فأدى زيوفا يرجع بالزيوف، ولو كان زيوفا فأدى جيادا رجع بالزيوف أيضا.

وقال: إذا وهب الطالب الدين للكفيل، أو تصدق به عليه، فإنه يملكه، ويطالب به المكفول بعينه.

وفي معجم الفقه الحنبلي (٢/ ٨٤٣) جاء ما يلي:

«ويرجع الضامن على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى، أو قدر الدين».

وفي مجلة الأحكام الشرعية تنص المادة ١١٠٤ على ما يأتي:
«إذا قضى الضامن أقل من الدين، أو أكثر منه، ولو بمعاوضته مع المضمون له، لا يرجع على المضمون عنه إلا بالأقل من الدين ومما قضى به».
ومما قاله النووي تحت «فصل في كيفية الرجوع» ما يلي:

فإن كان ما دفعه إلى رب الدين من جنس الدين وعلى صفته، رجع به. وإذا صالح على غير الجنس ينظر: فإن كانت قيمة المصالح عليه أكثر من قدر الدين، لم يرجع بالزيادة. وإن لم تكن أكثر، كمن صالح عن ألف بعبد يساوي تسعمائة، فوجهان. وقيل: قولان، أصحهما يرجع بتسعمائة، والثاني بالألف. ولو باعه العبد بألف، ثم تقاصا، رجع بالألف بلا خلاف.

أما إذا اختلفت الصفة، فإن كان المؤدي خيرا، بأن أدى الصحاح عن المكسرة، لم يرجع بالصحاح، وإن كان بالعكس، ففيه الخلاف المذكور فى خلاف الجنس.
ومما قاله في مسائل تتعلق بالرجوع: (٦٩)
ضمن عشرة، وأدى خمسة، وأبرأه رب المال عن الباقي، لم يرجع إلا بالخمسة المغرومة، وتبقى الخمسة على الأصيل.
ولو صالحه من العشرة على خمسة، لم يرجع إلا بالخمسة أيضا، لكن يبرأ الضامن والأصيل عن الباقي.
وقال: أدى الضامن الدين، ثم وهبه رب الدين له، ففي رجوعه على الأصيل وجهان، الأصح: الرجوع.
رأي القانون:
في الحديث عن العلاقة بين المكفول له والكفيل أشرنا إلى رأي القانون الوضعي، وفيه بعض ما يتصل بهذا الموضوع، ونضيف إليه ما يأتي من النصوص القانونية: (٧٠).
١ ـ م ٧٩٨ مدني (مصري):
«١ ـ يجب على الكفيل أن يخطر المدين قبل أن يقوم بوفاء الدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على المدين إذا كان هذا قد وفى الدين، أو كانت عنده وقت الاستحقاق أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه».
«٢ ـ فإذا لم يعارض المدين في الوفاء، بقي للكفيل حقه في الرجوع عليه ولو كان المدين قد دفع الدين، أو كانت لديه أسباب تقضي ببطلانه أو بانقضائه».
ويطابقها المادة ٧٦٤ من التقنين المدني السوري، والمادة ٨٠٧ من الليبي.
٢ ـ م ٧٩٩ مدني (مصري):

---

(٦٩) المرجع السابق ٤/ ٢٦٨.
(٧٠) راجع هذه النصوص في الوسيط جـ ١٠ ص: ١٥٦، ١٥٧، ١٥٨، ١٨٠، واقرأ ما يتصل بها من شرح في الصفحات من ١٥٥ إلى ١٩٣.

«إذا وفى الكفيل الدين، كان له أن يحل محل الدائن في جميع ما له من حقوق قبل المدين. ولكن إذا لم يوف إلا بعض الدين، فلا يرجع بما وفاه إلا بعد أن يستوفي الدائن كل حقه من المدين».

ويطابقها ٧٦٥ من السوري، ومن الليبي ٨٠٨.

٣ ـ م ٨٠٠ مدني (مصري):

«١ ـ للكفيل الذي وفى الدين أن يرجع على المدين، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه أو بغير علمه».

«٢ ـ ويرجع بأصل الدين وبالفوائد والمصروفات، على أنه في المصروفات لا يرجع إلا بالذي دفعه من وقت إخباره المدين الأصلي بالاجراءات التي اتخذت ضده».

«٣ ـ ويكون للكفيل الحق في الفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه من يوم الدفع».

ويطابقها المادة ٧٦٦ من التقنين السوري، ومن الليبي ٨٠٩.

وننقل من التقنين المدني العراقي ما يلي:

٤ ـ م ١٠٣٣.

«١ ـ إذا أدى الكفيل ما كفل به من ماله، فله الرجوع بما أداه على المدين».

«٢ ـ ويحل الكفيل محل الدائن في جميع ما لهذا الدائن من الحقوق، سواء كانت الكفالة بأمر المدين أو بغير أمره».

٥ ـ م ١٠٣٤:

«إذا أدى الكفيل للدائن عوضا بدل الدين، يرجع على المدين بما كفله لا بما أداه. أما إذا صالح الدائن على مقدار من الدين، فإنه يرجع ببدل الصلح لا بجميع الدين».

٦ ـ م ١٠٣٧:

«يرجع الكفيل على المدين بما يضطر إلى صرفه لتنفيذ مقتضى الكفالة».

٧ ـ م ١٠٣٨:

«إذا كان الدين المكفول به مؤجلا، فدفعه الكفيل للدائن معجلا، فلا يرجع به على المدين إلا عند حلول الأجل».

ومن قانون الموجبات والعقود اللبناني:

٨ ـ م ١٠٨٠:

«للكفيل الذي أوفي الموجب الأصلي أن يرجع على المديون بجميع ما دفعه، ولو كانت الكفالة قد أعطيت على غير علم من المديون. وله حق الرجوع عليه بالمصاريف والأضرار الناشئة بحكم الضرورة عن الكفالة. وكل عمل من الكفيل، غير الإيفاء الحقيقي، من شأنه أن يسقط الموجب الأصلي ويبرىء ذمة المديون، يعد بمثابة الإيفاء، ويفتح للكفيل سبيل الرجوع على المديون الأصلي بأصل الدين والمصاريف المختصة به».

٩ - م ١٠٨١ :

«لايحق للكفيل الذي أوفى الدين أن يرجع على المديون الأصلي ، إلا إذا أابرز سند إيصال من الدائن أو غيره من الوثائق التي تثبت سقوط الدين ، وليس للكفيل الذي دفع قبل الاستحقاق أن يرجع على المديون ، إلا في موعد استحقاق الموجب الأصلي» .

١٠ - م ١٠٨٣ :

«إذا تصالح الكفيل والدائن، فليس للكفيل حق الرجوع على المديون وسائر الكفلاء، إلا بما دفعه فعلا، أو بما يعادل قيمته، إذا كان هناك مبلغ معين».

١١ - م ١٠٨٤ :

«إن الكفيل الذي أوفى الدين على وجه صحيح يحل محل الدائن في جميع حقوقه وامتيازاته على المديون الأصلي بقدر المبلغ الذي دفعه، وعلى سائر الكفلاء بقدر حصصهم وأنصبتهم. على أن ذلك الحلول محل الدائن ليس من شأنه أن يعدل الاتفاقات الخاصة المعقودة بين المديون الأصلي والكفيل».

١٢ - م ١٠٨٦ :

«لا يحق للكفيل أن يرجع على المديون الأصلي، إذا كان قد دفع الدين، أو حكم عليه في الدرجة الأخيرة، بدون أن يعلم المديون، بشرط أن يثبت المديون أن قد أوفى الدين، أو أن لديه أسبابا تثبت بطلان الدين أو سقوطه. على أن هذه القاعدة لا تنطبق عندما يستحيل على الكفيل إعلام المديون، كما لو كان المديون غائبا».

انقضاء الكفالة

من دراستنا لعقد الكفالة، وآثار العقد الصحيح، يتبين لنا أن الكفالة تنقضي بانقضاء التزام الأصيل، أو الكفيل. وينقضي الالتزام بأحد الأمور التالية:

الأول: الأداء، أو ما هو في معنى الأداء:

فمتى أدى الأصيل الدين، أو سلم العين أو مثلها أو قيمتها عند الهلاك، برئت ذمته، وتبعا لذلك تبرأ ذمة الكفيل. وإذا قام الكفيل بالأداء برئت ذمته، وانقضت الكفالة، سواء أبرئت ذمة الأصيل أم لم تبرأ.

وفي معنى الأداء: الهبة، والصدقة:

فإذا وهب الدائن، أو تصدق بالدين على المدين، أو على الكفيل، انقضت الكفالة.

وإذا كانت الكفالة بالنفس في الأموال، فإن الحق المكفول هو تسليم النفس، فيبرأ الكفيل بالتسليم، ولا شيء عليه بعد إذا لم يؤد المكفول ما في ذمته. وإذا لم يتم التسليم لم يبرأ الكفيل إلا به أو بالأداء، ما لم يكن قد شرط غير هذا، وسبق الحديث في ضمان الطلب.

الثاني: الابراء، أو ما هو في معنى الإبراء:

فإذا أبرأ المكفول له الكفيل من كفالته، انقضت الكفالـة وإن لم يبـرأ الأصيل، لأن الإبـراء هنـا ابـراء عن المـطالبـة لا عن الدين، وليس من ضرورة اسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل، على حين إذا أبرأ الأصيل سقط حق المطالبة عن الكفيل.

وقد تبرأ ذمة الكفيل بالصلح، سواء كان الصلح بأداء بعض الحق، واسقاط بعضه الآخر، أو بمعاوضة.

وقد تبرأ ذمته أيضا بالحوالة، أو بأن يصبح الدين ميراثا له أو للأصيل.

الثالث: فسخ الدين المكفول أو إبطاله:

إذا كان الكفيل مثلا ضامنا لما في ذمة المشتري من ثمن الشراء، أو للبائع في تسليم المبيع، ثم فسخ عقد البيع، لم يعد المشتري ملتزما بدفع الثمن، ولا البائع ملتزمـا بتسليم المبيع، ومن هنا تنقضي الكفالة حيث لا يوجد دين مكفول.

وإذا ظهر ما يبطل الدين، وأن المكفول له لا حق له في اقتضائه من الأصيل، سقط حقه في مطالبة الكفيل.

الرابع: الموت:

وهو خاص بكفالة النفس، فقد رأينا أثر موت الكفيل أو المكفول في كفالة الأموال، أما كفالة الأبدان فتنقضي بموت أحدهما أو كليهما.

وأما المكفول له فحقه ينتقل لورثته، فالكفالة لا تنقضي بموته.

